العناية شرح الهداية

الربع الثاني

لاكمل الدين

فقه حنفي

الربع الثاني من العناية شرح الهداية لاكمل الدين رضي الله عنه

في خزانة [illegible]

ثم الحمد لله الحي
الفقير إليه عبده
عثمان ابن محمد
القاري
الحنفي
١٢٣٤

كتاب النكاح

لما فرغ من العبادات شرع في المعاملات وابتداء
من بينها بالنكاح لان فيه مصالح الدين والدنيا وقد اشتهر فيه وعيد من رغب عنه وتحريض من رغب فيه الاثار
وثما اتفق في حكم من احكام الشرع مثل ما اتفق في النكاح من اجتماع دواعي الشرع والعقل والطبع فاما
دواعي الشرع من الكتاب والسنة والاجماع فظاهرة واما دواعي العقل فان كل عاقل يحب ان يبقى اسمه ولا
ينمحي رسمه وما ذاك غالبا الا ببقاء النسل واما الطبع فان الطبع البهيمي من الذكر والانثى يدعوا الى تحقيق
ما اعد من المباضعات الشهوانية والمضاجعات النفسانية ولا مزجرة فيها اذا كانت باذن الشرع و
ان كانت بدواعي الطبع بل يوجر عليه بخلاف ساير المشروعات والنكاح في اللغة عبارة عن الوطي ثم
قيل للتزوج نكاح مجازا لانه سببه وقيل هو مشترك بينهما وفي الاصطلاح عقد وضع لتمليك منافع
البضع وسببه تعلق البقاء المقدر بتعاطيه وشرطه الخاص حضور شاهدين لا ينعقد الا به بخلاف بقية الاحكام
فان الشهادة فيها للظهور عند الحاكم لا للانعقاد وشرطه العام الاهلية بالعقل والبلوغ والمحل وهي امراة
لم يمنع عن نكاحها مانع شرعي وركنه الايجاب والقبول كما في ساير العقود والايجاب هو الملتفظ به اولا من
اي جانب كان والقبول جوابه وحكمه ثبوت الحل عليهما ووجوب المهر عليه وحرمة المصاهرة والجمع بين الاختين
وهو في حالة التوقان واجب لان التحرز عن الزنا واجب وهو لا يتم الا بالنكاح وما لا يتم الواجب الا به
فهو واجب وفي حالة الاعتدال مستحب وفي حالة الجور مكروه قال النكاح ينعقد بالايجاب و
القبول قد ذكرنا معنى الانعقاد في كتاب البيوع على ما سياتي وقوله يعبر بهما اي يلفظ ويبين لان التعبير
البيان قال الله تعالى ان كنتم للرؤيا تعبرون اي تبينون وانما اختير لفظ الماضي للانشاء وهو الكلام الذي
ليس لنسبته خارج تطابقه او لا تطابقه ليدل على التحقق والثبوت وكان ادل على قضاء الحاجة وقوله على ما
نبينه يعني في اول فصل الوكالة في النكاح وقوله وينعقد بلفظ النكاح بيان الفاظ ينعقد بها النكاح وقال
الشافعي رح لا ينعقد الا بلفظة النكاح والتزويج لانه ان انعقد بغيره مثل التمليك مثلا فاما ان ينعقد به
من حيث انه حقيقة او من حيث انه مجاز لا سبيل الى الاول لانه لو كان حقيقة كان التمليك والتزويج مترادفين
وليس كذلك اذ التمليك يوجد بغير نكاح ولا الى الثاني لعدم المناسبة بينهما لان التزويج للتلفيق يقال لفقت
بين ثوبين ولفقتا حدهما بالاخر اذا ادمث بينهما بالخياطة والنكاح للضم ولا ضم ولا ازدواج بين
المالك والمملوكة اصلا فلا مناسبة بينهما وقلنا المناسبة بينهما موجودة لان التمليك سبب لملك المتعة في محلها يعني
ان تمليك الرقبة سبب لملك المتعة اذا صادف محل المتعة لافضائه اليه وملك المتعة هو الثابت بالنكاح والسببية
بطريق المجاز وقيد بقوله في محلها احترازا عن تمليك الغلمان والبهايم والاخت الرضاعية والامة المجوسية
فانها ليست بمحل لملك المتعة واعترض بان ملك الرقبة اذا ورد على ملك النكاح افسده فكيف يثبت
النكاح به واجيب بان افساده للنكاح ليس من حيث تحريم الوطي لا محالة بل من حيث ابطال ضرب

مالكيه

ماكليه لما في مواجب النكاح من طلب القسم وتقدير النفقة والسكنى والمنع عن العزل وحينئذ
لا منافاة بين ما يثبته وينفيه فجازت الاستعارة وقوله وينعقد بلفظة البيع يعني بان تقول المراة
بعتك نفسي او قال ابوها بعتك ابنتي بكذا وكذا بلفظ الشرى بان قال الرجل لامراة اشتريتك بكذا
فاجابت بنعم اشار اليه محمد في كتاب الحدود وقوله هو الصحيح احترازا عن قول ابي بكر الاعمش
انه لا ينعقد بلفظ البيع لانه خاص لتمليك المال والمملوك بالنكاح ليس بمال ووجه الصحيح وجود طريق المجاز
وقوله ولا ينعقد بلفظ الاجارة في الصحيح احترازا عن قول الكرخي انه ينعقد بها لان المستوفى بالنكاح
منفعة في الحقيقة وان جعل في حكم العين وقد سمى الله تعالى العوض اجرا في قوله تعالى فاتوهن اجورهن و
ذلك دليل على انه بمنزلة الاجارة ووجه الصحيح ان الاجارة لا تنعقد شرعا الا موقتة والنكاح لا ينعقد
الا مؤبدا فكان بين موجبيهما تناف فلا يجوز الاستعارة وقال المص رح لانه ليس بسبب لملك المتعة لعدم
افضائها اليه ولا بلفظة الاباحة والاحلال والاعارة لما قلنا يعني قوله ليست لملك المتعة وذلك لان لفظة الا باحة
والاحلال لا يوجب ملكا اصلا فان من احل لغيره طعاما او اباحه له لا يملكه فانما يتلفه على ملك المبيح ولا
بلفظ الوصية لانها توجب الملك مضافا الى بعد الموت ولو صرح بلفظ النكاح الى بعد الموت لم يصح لان بعد
الموت زمان انتهاء ملك النكاح وبطلانه لا زمان ثبوته ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين
حرين عاقلين بالغين مسلمين او رجل وامراتين عدولا كانوا او غير عدول اما اشتراط الشهود فلقوله عم
لا نكاح الا بشهود واعترض بانه خبر الواحد فلا يجوز به الزيادة على قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء ونحوه
من الايات واجاب الامام فخر الاسلام بان هذا حديث مشهور تلقته الامة بالقبول فيجوز الزيادة به على كتاب
الله وهو حجة على مالك في اشتراط الاعلان دون الشهادة حتى لو اعلنوا بحضور الصبيان والمجانين صح
ولو امر الشاهدين ان لا يظهر العقد لم يصح لقوله عليه السلام اعلنوا النكاح ولو بالدف والجواب ان الاعلان
يحصل بحضور الشاهدين حقيقة واما اشتراط الحرية فلان العبد لا شهادة له لعدم الولاية والشهادة
من باب الولاية واعترض بان الولاية عبارة عن نفاذ القول على الغير شاء او ابى وذلك انما يحتاج اليه عند
الاداء وكلامنا في حالة الانعقاد فكما ينعقد بشهادة المحدودين في القذف فلينعقد بشهادة العبدين اذ
الولاية لا مدخل لها في هذه الحال واجيب بان الاداء يحتاج الى الولاية متعدية وليست بمرادة ههنا وانما
المراد بها الولاية القاصرة تعظيما لخطر امر النكاح كاشتراط اصل الشهادة وكذلك اعتبار العقل والبلوغ
لانه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الاسلام قال المص رح لانه لا شهادة للكافر على المسلم يعني انه
من باب الولاية ولا ولاية له على الاسلام فيه النظر الذي مر انه ليس المراد به الاداء حتى يكون شرطا وجوب
انا قد ذكرنا ان الشهادة وصفة الشاهدين انما كانت تعظيما ولا تعظيم اشبه بسبب حضور الكفار ولا
يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامراتين خلافا للشافعي رح وقد وعد المص رح ببيان ذلك

في الشهادات ونحن تابعناه في ذلك وينعقد بشهادة فاسقين عندنا خلافا للشافعي رح وهو يقول الشهادة
من الكرامة لانه في اعتبار قوله في نفسه ونفاذه على الغير اكراما له لا محالة والفاسق من اهل الاهانة لجريمته و
دليله يتم لمن تقول والفاسق ليس من اهل الكرامة ولكن عدل عنه الى ما ذكره لانه يستلزم ذلك وفيه تصريح بانه
يستحق ما هو اعظم من ذلك الاكرام وهو الامانة ولنا ان الفاسق من اهل الولاية على نفسه لان له ان يزوج نفسه
وعبده وامته ويتقدما يتعلق بنفسه من القتل وغيره وكل ما هو من اهل الولاية فهو من اهل الشهادة لان
الشهادة من باب الولاية فان قيل الولاية على نفسه ولاية قاصرة ولا نسلم ان من كان من اهل الولاية يكون من اهل
لانها متعدية الى غيره اجاب بقوله وهذا اشارة الى انه من اهل الشهادة لكونه من اهل الولاية معنى لانه
لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه لم يحرم على غيره لانه من جنسه كما ان اهل الذمة لهم ولاية على انفسهم
فلهم الولاية على غيرهم من اهل الذمة لانه من جنسه وهذا بناء على ان الفسق لا يخرج المراد من اهلية الشهادة
على الاداء وفيه الالزام فلان لا يخرج عنها على الانعقاد ولا الزام فيه اولى ولانه صلح مقلدا كالحجاج و
غيره فان الائمة بعد الخلفاء الراشدين قل ما يخلو واحد منهم عن فسق فيصلح مقلدا اي قاضيا فكذا شاهدا
لان الشهادة والقضاء من واد واحد وفي عبارته تسامح لانه يفهم منه ان تكون اهلية الشهادة مرتبة على
اهلية القضاء وقد ذكر في كتاب ادب القاضي ان اهلية القضاء مستفادة من اهلية الشهادة ولو قال بالولو
كان احسن لا يقال يجوز ان تكون مرتبا على مقلد بكسر اللام لان اهلية السلطنة ليست مستفادة من
اهلية الشهادة لان عكسه كذلك والجواب ان معنى كلامه اذا كان الفسق لا يمنع عن ولاية هي اعم ضررا فلان
لا يمنع عن ولاية عام الضرر او خاصه اولى والترتيب على هذا الوجه غير خاف الصحة ولو قال الفاسق من اهل
الولاية القاصرة بلا خلاف فيصلح شاهدا على الانعقاد لانه لا الزام فيه فكانت الولاية قاصرة لكان اسهل تأدبا
وينعقد بحضور المحدودين في القذف لانه من اهل الولاية على ما مر فيكون من اهل الشهادة تحملا لا اداء
فان قلت النكتة المذكورة في الفاسق وهي لا يقتضي ان يكون المحدود في القذف شهادة متعدية فلم تكن فكانت
منقوضة قلت كان كذلك لولا النص القاطع وقوله وانما الفائت ثمرة الاداء بالنهي لجريمته ولا يبالي
بفواته كما في شهادة العميان متعدية عن عدم قبول شهادة المحدود في قذف بعد ما كان من اهل الولاية
كالفاسق ويجوز ان يكون جوابا عن السؤال الذي ذكرته آنفا والطريق الذي ذكرته في الفاسق اسهل منها
قال واذا تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله لا يجوز لان السماع اي سماع كلام العاقدين
من الايجاب والقبول في النكاح شهادة وهذا ظاهر لانا لا نعد من الشهادة على النكاح الا ذلك ولا
شهادة للكافر على المسلم وهذا بالاتفاق فكانهما لم يسمعا كلام الزوج ولهما ان الشهادة شرطت في النكاح
على اعتبار اثبات الملك وتركيبه لجهة هكذا الشهادة في النكاح شرطت على اعتبار اثبات الملك عليها وكذا

شرطت على اعتبار اثبات الملك عليها شهادة عليها فالشهادة في النكاح شهادة عليها و
بين المصنف المقدمة الاولى بقوله لوروده على محل ذي خطر وتقريره ان الشهادة في النكاح حال
الانعقاد اما ان يكون لاثبات ملك المتعة عليها ابانة لخطر المحل ولاثبات ملك المهر عليه
والثاني منتف لان المهر مال ولا يجب الاشهاد على لزوم المال اصلا واما المقدمة الثانية فلانا
قد علمنا بالاستقراء انه لا شيء يشترط في اثبات ملك المتعة عليها الا الشهادة فان الولي ليس
بشرط عندنا واذا كانت الشهادة حال انعقاد النكاح شهادة عليها كان الذميان شاهدين
عليها وشهادة اهل الذمة على الذمية جائزة قوله بخلاف ما اذا لم يسمعا جواب عن قول محمد و
زفر رحمهما الله وتقريره الشهادة في النكاح شرط على العقد والعقد ينعقد بكلاميهما فاذا لم
يسمعا كلام المسلم لم يشهدا على العقد ومن امر رجلا ان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها
بحضرة رجل واحد فلا يخلو اما ان يكون الاب حاضرا او غائبا فان كان حاضرا جاز النكاح
لان الاب يجعل مباشرا ويكون الوكيل شاهدا لان المجلس متحد فجاز ان يكون العقد الواقع من
المامور حقيقة كالواقع من الآمر حكما لكون الوكيل في باب النكاح سفيرا ومعبرا وان كان
غائبا لم يجز لان المجلس مختلف فلا يمكن ان يجعل الاب مباشرا مع عدم حضوره في مجلس المباشرة قال
في النهاية هذا تكلف غير محتاج اليه في المسئلة الاولى لان الاب يصلح ان يكون شاهدا في
باب النكاح فلا حاجة الى نقل المباشرة من المامور الى الامر حكما وانما يحتاج اليه في المسئلة
الاخيرة وهي ما اذا زوج الاب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد فان كانت حاضرة جاز بنقل
مباشرة الاب اليها لعدم صلاحيتها للشهادة على نفسها وان كانت غائبة لم يجز لان الشيء انما يقدر
ان لو تصور تحقيقا واقول ارى انه لا فرق بين الصورتين في الاحتياج الى ذلك التكلف وذلك
لان الاب اذا كان حاضرا لا يصلح ان يكون شاهدا في نكاح امر به لان الوكيل سفير ومعبر فكان
الاب هو المزوج ولا يجوز ان يكون المزوج شاهدا واذا انتقل اليه المباشرة ايضا صار هو المزوج
من كل وجه فجاز ان يكون الوكيل شاهدا وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا وكل رجلا
ان يزوج عبده فزوجه بشهادة رجل والعبد حاضر فانه لا يجوز مع امكان جعل العبد مباشرا للعقد
والوكيل مع الرجل شاهدين كما لو باشر المولى عقد تزويج العبد عند حضرة العبد مع رجل آخر فانه
يجوز واجيب بان العبد لم يكن موكلا حتى ينتقل مباشرة الوكيل اليه ويبقى شاهدا فبقي الوكيل على
حاله مزوجا بخلاف ما اذا باشر المولى بحضرة العبد فان العبد هناك يجعل مباشرا للنكاح بنفسه
والمولى شاهدا فيكون النكاح على حاله بحضرة شاهدين لا يقال المولى ليس بوكيل عن العبد فكيف
ينتقل مباشرته اليه لان العقد لما كان له كان بمنزلة الموكل بخلاف ما اذا كان العبد غائبا لعدم

فصل في المحرمات

امكانه مباشرا لما قلنا ان الشيء انما يعتبر ان لو تصور تحقيقا
لما كانت من بنات آدم من اخرجها الله عن محلية النكاح بالنسبة الى بعض بني آدم احتاج الى
ذكرها في فصل على حدة ولاسباب حرمتهن تتنوع الى تسعة انواع القرابة والمصاهرة والرضاع والجمع
وتقديم الحرة على الامة وقيام حق الغير في نكاح او عدة والشرك وملك اليمين والطلقات الثلث
وكل ذلك مذكور في الكتاب لا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى الامّهات
حرمت عليكم امهاتكم ودلالته على حرمة الام ظاهرة واما على حرمة الجدات فباعتبار ان الام في اللغة هي
الاصل يقال لمكة ام القرى فيكون دلالتها عليها باعتبار معنى يعمها لغة لا باعتبار الجمع بين الحقيقة و
المجاز او يثبت حرمتهن بالاجماع وهذا المسلك يسلك بها في كل ما فيه معنى الفرعية ايضا كالبنات و
بناتهما وبنات الابن وبنات كذلك والاخوات وبناتها وبنات الاخ والعمات والخالات متفرقة كانت او غيرها
تناولها النص بجهة عموم الاسم هذا ما يتعلق بالقرابة ويحرم ام امرأته ان كانت مدخولا بها او لم يكن
لقوله تعالى وامهات نسائكم من غير قيد بالدخول ويحرم بنت امرأته التي دخل بها لثبوت قيد الدخول
بالنص وهو قوله تعالى من نسائكم اللاتي دخلتم بهن وليس كونها في الحجر شرطا فالمصرح لان ذكر الحجر
في قوله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم خرج مخرج العادة فان العادة ان تكون البنات في حجر زوج
امهاتها غالبا اي في تربيتها لا على وجه الشرط ويستوضح ذلك بقوله ولهذا اكتفى في موضع الاحلال بنفي الدخول ولم
يشترط نفي الدخول مع نفي الحجر حيث لم يقل فان لم تكونوا دخلتم بهن ولسن في حجوركم فان الاباحة
يتعلق بضد ما يتعلق به الحرمة واعترض بانه يجوز ان يكون الحرمة متعلقة بعلة ذات وصفين وهما
الدخول والحجر ثم ينتفي الحرمة بانتفاء احدهما لان الشيء ينتفي بانتفاء الجزء فلم يكن ثبوت الاباحة عند انتفاء
الدخول دليلا على ان الحرمة غير متعلقة بالحجر واجيب بان العادة في مثله نفي الوصفين جميعا او نفي العلة مطلقا
لا نفي احدهما والسكوت عن الآخر لا يقال لا يجري حكم الربا وهو حرمة الفضل والنسيئة بين هذين البدلين
لانه لم يوجد فيه الجنسية او لم يوجد القدر بل يقال لم يوجد القدر مع الجنس او يقال لم يوجد علة الربا وليس يقوى
ويحرم امرأة ابيه واجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم فان دلالته على الاب ظاهرة وعلى الجد
باحد الطريقين اما ان يكون المراد بالاب الاصل فيتناول الآباء الاجداد كما يتناول الام الجدات واما الاجماع
واما المراد بالنكاح ان كان هو الوطء فيكون العقد ثابتا بالاجماع وان كان المراد به العقد فالوطء ثابت
بطريق الاولى ويحرم امرأة الابن نسبا ورضاعا وبني اولاده لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم
فحليلة الابن وهي زوجته حرام على الاب سواء دخل بها الابن او لم يدخل لاطلاق النص عن الدخول واما حليلة
ابن الابن فباعتبار ان المراد بالابن هو الفرع فكانه قال وحلائل فروعكم وذلك يتناول حليلة ابن الابن و
ابن البنت بعمومه او بالاجماع فان قيل قوله تعالى من اصلابكم يأبى ذلك اجيب بان ذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار

التبني لا الاحلال حليلة الابن من الرضاعة والدليل على ذلك ان التبني انتسخ بقوله تعالى ادعوهم لآبائهم و
قصته ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تبنى زيد بن حارثة ثم تزوج زينب بعد ما طلقها زيد فطعن المشركون
وقالوا انه تزوج حليلة ابنه فنسخ الله التبني بقوله ادعوهم لآبائهم ودفع طعن المشركين بهذا التقييد فبقيت
حليلة الابن من الرضاع داخلة تحت قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وهذا ما
يتعلق من التحريم بالمصاهرة ويحرم ام الرجل من الرضاعة واخته منها لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم
واخواتكم من الرضاعة ولقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فهذا ما يتعلق بالرضاع
ويحرم ان يجمع الرجل بين الاختين بنكاح او بملك يمين ليطأهما لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين على
الاطلاق وسرى حكمها الى كل امرأتين لو فرضت احديهما ذكرا حرمت الاخرى عليه بعلة قطيعة الرحم
سواء كان في النسب او الرضاع ومن له امة فتزوج اختها جاز سواء كان وطئ الامة او لم يطأها لانه
صدر من اهله وهو واضح مضافا الى محله لان الاخت المملوكة وطئها من باب الاستخدام وهو لا يمنع
نكاح الاخت ثم ان كان وطئ الامة لا يطأها بعد ذلك وان لم يطأ المنكوحة بعد لان المنكوحة موطوءة
حكما فوطئ الامة يكون جمعا بين الاختين بوطئ احديهما حقيقة والاخرى حكما واعترض عليه بان النكاح
لو كان قائما مقام الوطء حتى يصير المنكوحة موطوءة حكما وجب ان لا يجوز هذا النكاح كيلا يصير جامعا
بينهما وطئا كما قال به مالك واجيب بان نفس النكاح ليس بوطء حتى يصير به جامعا بينهما وانما يصير
وطئا بعد ثبوت حكمه وهو حل الوطء فلا يكون وطئ الامة مانعا عن النكاح ولا يطأ المنكوحة ايضا
للجمع بينهما الا اذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب كالبيع والتزويج لان ذلك الوطء قائم
حكما حتى لو اراد ان يبيع يستحب له الاستبراء فيصير جامعا بينهما وطئا حقيقة وبالتحريم على نفسه يبطل
حكم ذلك الوطء لزوال معنى اشتغال رحمها بمائه حقيقة وحكما الا يرى انه يحل لزوجها ان يغشاها فيحل …جامعا
له ان يطأ المنكوحة حينئذ لعدم الجمع وان لم يكن وطئ المملوكة جاز له ان يطأ المنكوحة لعدم الجمع
وطئا اذ المرقوقة ليست موطوءة حكما قوله فان تزوج اختين في عقدين ولا يدري ايتهما اولى
فرق بينه وبينهما قيد بعقدين لانه لو تزوجهما في عقد واحد كان النكاح باطلا للجمع بين الاختين
فلا تستحقان شيئا من المهر وقيد بقوله ولا يدري ايتهما اولى لانه لو علم بذلك بطل نكاح الثانية و
قوله لان نكاح احديهما باطل بيقين يعني من كانت اخرى في الواقع ولا وجه الى التعيين لعدم الا دلوية
ولا الى التنفيذ يعني الى تصحيحه في احديهما بغير عينها لعدم الفائدة وهي حل القربان للزوج لانه لا
يثبت مع الجهالة او الضرر يعني في حقهما لان كل منهما تبقى معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة فتعين التفريق
وطولب بالفرق بين هذه وبين ما اذا كان للرجل اربع نسوة طلق واحدة منهن بعينها فنسيها فانه
يؤمر بالبيان ولا تفرق واجيب بان الفارق يمكن الزوج ثم من دعوى منهن باعيانها لان نكاح

كل واحدة منهن كان ثابتا بيقين وليس فيما نحن فيه شيء من نكاحهما كذلك فلا يتمكن من دعوى النكاح
في احديهما تمسكا باليقين فيفرق بينهما وقوله ولهما نصف المهر يعني بينهما نصفان لانه وجب
للاولى منهما اما انه وجب فلان الفرقة وقعت بسبب مضاف الى الزوج وهو التجهيل وذلك يوجب
المهر البتة واما انه للاولى فلان نكاحها صحيح دون الاخرى وتقييد كلامه المهر للاولى منهما لما قلنا و
ليس احديهما بكونها اولى اولى بالجهل بالاولوية وفي بعض النسخ بالاولوية فينصرف اليهما وقوله وقيل
لا بد من دعوى كل واحدة منهما قال الفقيه ابو جعفر لا بد ان تدعي كل واحدة منهما انها هي الاولى واما اذا
قالتا لا ندري اي النكاحين كان اول لا يقضي لهما بشيء حتى يصطلحا لان الحق للمجهولة فلا بد من الدعوى
او الاصطلاح ليقضي لهما وصورة الاصطلاح ان يقولا عند القاضي لنا عليه المهر وهذا الحق لا يعدونا
فنصطلح على اخذ نصف المهر فيقضي القاضي قال ولا يجمع بين المراة وعمتها او خالتها الى آخره
ولا يجمع بين المراة وعمتها او خالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها لقوله عليه السلام لا تنكح المراة على
عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها رواه ابن عباس وجابر رض كذا في النهاية و
ذكر الترمذي في جامعه انه رواه علي وابو هريرة وابن عمر وابو سعيد وعبد الله ابن عمرو وابو امامة
وجابر وعائشة وابو موسى الاشعري وسمرة بن جندب وهو مشهور تلقته الامة بالقبول والعمل
فان قيل ما فائدة التكرار لحكم واحد بصيغتين مختلفتين في موضعين فان المراد من قوله لا تنكح المراة
على عمتها هو ان لا يجمع بينهما في النكاح ثم الجمع بين المراة وبين عمتها هو عين جمع المراة بينها وبين
بنت اخيها وكذلك الجمع بين المراة وخالتها هو عين الجمع بينها وبين ابنة اختها اجيب بان شمس الائمة
السرخسي قال ذكر هذا النفي من الجانبين اما للمبالغة في بيان التحريم او لازالة الاشكال لانه ربما يظن ظان
ان نكاح ابنة الاخ على العمة لا يجوز ونكاح العمة على ابنة الاخ يجوز لتفضيل العمة كما لا يجوز نكاح الامة
على الحرة ويجوز نكاح الحرة على الامة فبين النبي صلى الله عليه وسلم ثبوت هذه الحرمة من الجانبين لازالة الاشكال
ولقائل ان يقول في عبارة المصنف تسامح لانه قال وهذا مشهور يجوز الزيادة على الكتاب بمثله وهذه العبارة
انما تستعمل في تقييد المطلق على ما لا يخفى على المحصلين وما نحن فيه ليس كذلك لان قوله تعالى واحل لكم ما وراء
ذلكم عام وهذا الحديث يخصصه سلمنا جواز الاصطلاح على تخصيص العام بالزيادة لكن شرط التخصيص
المقارنة عندنا اولا وليست بمعلومة ويمكن ان يجاب عنه بان الزيادة على الكتاب نسخ اخص فيجوز ذكره و
ارادة مطلق النسخ لان ذكر الاخص وارادة الاعم مجاز شايع فيكون معناه يجوز نسخ الكتاب به ولا نزاع
في ذلك لا سيما آية تطرق اليها الاحتمال بالنسخ مرة فان قوله تعالى ولا تنكحوا المشركات نسخ عموم قوله واحل
لكم ما وراء ذلكم بتقديره مؤخرا كيلا يتكرر النسخ فجاز ان ينسخ بخبر مشهور ما بقي ولهما ذكرنا ولا باس
بمطالعة ما في النهاية في هذا الموضع من كلام المهرة الحذاق المتقنين ان كانت للقواعد الاصولية على ذكر منك

وقوله

وقوله ولا يجمع بين امراتين لو كانت احديهما رجلا لم يجز له ان يتزوج ظاهر وهو حكم ثابت بدلالة الحديث
الذي كان بحثنا فيه لان الجمع بين المراة وعمتها محرم لافضائه الى قطيعة الرحم المحرم القطع وهو موجود
فيما نحن فيه ولا عليك ان تجعله ثابتا بدلالة قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين كما قدمته وهو اولى وقوله لو كانت
المحرمية بينهما بسبب الرضاع ظاهر وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب
وقوله ولا باس بان يجمع بين امراة ظاهر ونسب في المبسوط قول زفر رح هذا الى ابن ابي ليلى وقوله والشرط
ان يتصور ذلك من كل جانب يعني كما كان في الاختين كذلك لان ذلك هو المنصوص عليه وما نحن فيه فيجب ان يكون
الفرع على وفاق الاصل وقد صح ان عبد الله بن جعفر جمع بين امراة علي وبنته وهذا ما يتعلق بالتحريم بسبب
الجمع قال ومن زنى بامراة حرمت عليه امها وابنتها لما فرغ من بيان الحرمة بسبب الجمع
اراد ان يبين ان الزنا يوجب حرمة المصاهرة او لا وذكر الخلاف قال الشافعي الزنا لا يوجب حرمة
المصاهرة لانها نعمة فانها تلحق الاجنبيات بالمحارم وكل ما هو نعمة لا ينال بالمحظور لانتفاء المناسبة
الواجبة بين الحكم وسببه ولنا ان الوطء سبب الجزئية وتقرير الولد جزء من هو من مائه والاستمتاع
بالجزء حرام اما ان الجزء حرام الولد جزء من هو منه فلان سبب الجزئية موجود وهو الوطء فانه سبب
للجزئية بين الوالدين والولد لا محالة وكذا بين الوالدين بسبب الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كملا يقال
ابن فلان وابن فلانة فيصير اصولها وفروعها كاصوله وفروعه ويصير اصوله وفروعه كاصولها وفروعها
فان قيل لو كان كذلك لكانت الجزئية ثابتة في نفس المراة فالموطوءة لانها حينئذ جزء الواطئ اجاب بقوله و
الاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي الموطوءة لانها لو قيل بحرمتها لم يحل امراة بعد ما ولدت
لزوجها وعاد النكاح على موضوعه بالنقض لانه ما شرع الا للتوالد فلو حرمت بالولادة لكان ما وضع للولادة
ينتفي بها وذلك خلف باطل واما ان الاستمتاع بالجزء حرام فلان اول الانسان آدم عليه السلام وقد حرمت عليه بناته
فهو الاصل في حرمة الجزء والاستثناء موضع الضرورة وهي امراته وقوله والوطء محرم من حيث انه سبب الولد جواب
عن قوله حرمة المصاهرة نعمة فلا ينال بالمحظور وبيانه ان الوطء ليس سببا للحرمة من حيث ذاته حتى يعتبر
المناسبة بينه وبين الحكم بالمشروعية ولا من حيث انه زنى وانما هو سبب لها من حيث انه سبب للولد القائم
مقامه كالسفر مع المشقة ولا عدوان ولا معصية للمسبب الذي هو الولد لعدم اتصافه بذلك حتى يقال
ولد عصيان او عدوان والشيء اذا قام مقام غيره يعتبر فيه صفة الاصل لا صفة نفسه كالتراب في التيمم
وقوله ومن مسته امراة بشهوة بيان ان الاسباب الداعية الى الوطء في اثبات الحرمة كالوطء
في اثباتها قال الفقيه ابو الليث تاويل المسئلة اذا صدق الرجل المراة انها مسته عن شهوة ولو
كذبها ولم يقع في اكبر رايه انها فعلت ذلك عن شهوة ينبغي ان لا يحرم عليه امها وبنتها فان قيل ذكر
مسئلة الدواعي تكرار لان نفس الوطء الحرام اذا لم يوجب الحرمة عند الشافعي فلان لا يوجبها دواعيه اولى اجيب

بانه انما كانت تكرارا ان لو كانت مصورة فى الحرام فقط وليس كذلك بل هى فى الحلال مثل ان مست امة
مولاها كذلك غيرانا لم نميز بين الحلال والحرام فى شمول وجوب الحرمة والشافعى فى شمول العدم له فى
الحلال ما ذكر فى الكتاب ان المس والنظر ليسا فى معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والا حرام
ووجوب الاغتسال وكل ما ليس فى معنى الدخول لا يلحق بالدخول لان الملحق لا بد وان يكون فى معنى
الملحق به ولنا ان المس والنظر سبب داع الى الوطى والسبب الداعى الى الشى يقام مقامه فى موضع
الاحتياط وهذا لانا وجدنا لصاحب الشرع مزيد اعتناء فى حرمة الابضاع الا ترى انه اقام شبهة
البعضية بسبب الرضاع مقام حقيقتها فى اثبات الحرمة دون ساير الاحكام من التوارث ومنع
وضع الزكوة ومنع قبول الشهادة فاقمنا السبب الداعى مقام المدعو احتياطا وفساد الصوم والاحرام
ووجوب الاغتسال ليس من باب حرمة الابضاع حتى يقوم السبب فيه مقام الوطى ونوقض بان ما ذكرتم
ان كان صحيحا قام النظر الى جمال المراة مقام الوطى فى ثبوت الحرمة لكونه سببا داعيا اليه والجواب
ان النظر الى الفرج المحرم وهو ما يكون نظرا الى داخل الفرج بان كانت متكية وهو لا يحل الا فى الملك
والظاهر من ذلك انها لا تكون على هذه الحالة الا فى خلوة عن الاجانب فانظر بعد هذا فى ان النظر
الى الجمال الحلال فى الملك وغيره حلالا وملا هل يكون فى كونه داعيا الى الوطى دعوة النظر ذلك اليه
او لا لا اراك قايلا بذلك الا مكذبا وعرف المس بشهوة بان ينتشر الالة يعنى اذا لم تكن منتشرة قبل
النظر والمس او يزداد انتشارا اذا كانت منتشرة قبل ذلك وقوله هو الصحيح احتراز عن
قول كثير من المشايخ قال فى الذخيرة وكثير من المشايخ لم يشترطوا الانتشار وجعلوا حد الشهوة
ان يميل قلبه اليها ويشتهى جماعها واختيار المص رح قول شمس الايمة السرخسى وشيخ الاسلام قال
فى النهاية هذا اذا كان شابا قادرا على الجماع فان كان شيخا او عنينا فحد الشهوة ان يتحرك قلبه بالا شتهاء
ان لم يكن متحركا قبل ذلك او يزداد الاشتهاء ان كان متحركا وهذا افراط وكان الفقيه محمد بن مقاتل
الرازى لا يعتبر تحرك القلب وانما يعتبر تحرك الالة وكان لا يفتى بثبوت الحرمة فى الشيخ الكبير و
العنين لانه ما نت شهوته حتى لم يتحرك عضوه بالملامسة وهو اقرب الى الفقه وقوله والمعتبر النظر
ظاهر ولو مس فانزل فقد قيل يوجب الحرمة وكان يفتى شمس الاسلام الاوزجندى رح ووجهه ان مجرد
المس بشهوة يثبت الحرمة فهذه الزيادة ان كانت لا يوجب زيادة حرمة لا يوجب خللا فيها والذى
اختاره المص رح فى الكتاب هو اختيار شمس الايمة السرخسى والامام فخر الاسلام وقد نص محمد رح فى
باب اتيان المراة فى غير ماتاها من الزيادات ان الجماع فى الدبر لا يثبت حرمة المصاهرة وكذا
النظر الى موضع الجماع من الدبر بشهوة وهذا اصح لما تبين انه اى المس بالانزال غير مفض الى الوطى
والمس المفضى اليه هو المحرم ومعنى قولهم المس بشهوة لا يوجب الحرمة بالانزال هو ان الحرمة عند ابتداء المس

بشهوة

بشهوة كان حكمها موقوفا الى ان يتبين بالانزال فان انزل لم يثبت والا ثبت لا ان يكون معناه
ان حرمة المصاهرة يثبت بالمس ثم بالانزال سقط ما ثبت من الحرمة لان حرمة المصاهرة
اذا ثبتت لا تسقط ابدا واذا طلق امراته طلاقا باينا او رجعيا ان طلق الرجل امراته طلاقا
باينا او رجعيا لم يجز له ان يتزوج باختها حتى تنقضى عدتها وقال الشافعى رح ان كانت العدة
عن طلاق باين كالطلاق على مال او ثلث جاز لانقطاع النكاح بالكلية لان القاطع وهو الطلاق
موجود على الكمال اذ ليس فيه شايبة الرجوع فلا بد من اعماله واعمال القاطع الكامل يقتضى القطع
بالكلية ليثبت الحكم بقدر دليله ولهذا لو وطيها مع العلم بالحرمة وجب الحد ولنا انا لا نسلم
انقطاع النكاح بالكلية فان النكاح الاول قايم لبقاء بعض احكامه كالنفقة والمنع من الخروج
والفراش وهو صيرورة المراة بحال لو جاءت بولد ثبت النسب منه فان هذه كذلك ما دامت
فى العدة لا نزاع فى بقاء هذه الاحكام سوى النفقة ولا فى كونها مرتبة على النكاح فلو لم يكن
النكاح قايما حال العدة تخلف الحكم عن علته وهو باطل واذا كان النكاح قايما كان عمل القاطع متاخرا
كما فى الطلاق الرجعى ولهذا بقى القيد فلو جاز نكاح الاخت فى العدة لزم الجمع بين الاختين وهو
حرام وقوله والحد لا يجب جواب عن قوله ولهذا لو وطيها مع العلم بالحرمة يجب ووجهه انا لا
نسلم وجوبه على اشارة كتاب الطلاق قال معتدة عن طلاق ثلث جاءت بولد لاكثر من سنتين
من يوم طلقها زوجها لم يكن الولد للزوج اذا انكر ففى قوله لا يثبت نسبه منه اذا انكر دليل
على انه لو ادعى ثبت نسبه منه ففيه اشارة الى ان الوطى فى العدة من طلاق ثلث لا يكون زنا اذ لو
كانت زنا لما ثبت به النسب وان ادعى ولين سلمنا ذلك بناء على ما يدل عليه عبارة كتاب الحدود
وهو ما قال ان من طلق امراته ثلثا ثم وطيها فى العدة يجب عليه الحد اذا لم يدع الشبهة فذلك باعتبار
ان الملك فى حق الحل قد زال فيتحقق الزنا لوقوع الوطى فى غير الملك ولم يزل فى حق ما ذكرنا من النفقة
والمنع والفراش لانا قد اتفقنا على بقاء المنع من الخروج والفراش ولم يكن ذلك الا باعتبار الحكم
بقيام النكاح فقلنا بقيامه فى حق التزوج بالاخت احتياطا فى التفادى عن الجمع بين الاختين
قال ولا يتزوج المولى امته ولا المراة عبدها ولا يتزوج المولى امته ولا المراة
عبدها خلافا لنفاة القياس استدلوا بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله مما ملكت
ايمانكم من فتياتكم المؤمنات ولنا ان النكاح ما شرع الا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين
يعنى انه كما يجب للزوج على الزوجة حق يقتضى مالكية الزوج عليها كطلب تمكينها من وطيها ودوا
عيه شرعا والمنع عن الخروج والبروز والتحصين فكذلك يجب لها عليه حق تقتضى مالكيتها عليه كطلب
النفقة والكسوة جبرا والسكنى والقسم والمنع عن العزل والقيام بمصالحها الراجعة الى الزوجية

فكان النكاح مشروعا لاجل هذه الثمرات المشتركة بينهما فكان كل واحد منهما مالكا ومملوكا وبينهما
منافاة لان المالكية تقتضي القاهرية والمملوكية تقتضي المقهورية ولا خفاء في التنافي بينهما واعترض
بانهما من جهتين مختلفتين ولا تنافي حينئذ واجيب بمنع اختلاف الجهة بان كون المراة مالكة بجميع
اجزائها انما هو بالنسبة الى العبد وكونها مملوكة ايضا انما هو بالنسبة الى العبد فلم تختلف الجهة
ولقائل ان يقول المراة بجميع اجزائها مالكة للعبد بجميع اجزائه وليست بمالكة لمنافع بضعه فجاز
ان يملك العبد بالنكاح على سيدته منافع بضعها لان النكاح عقد على ملك منافع البضع وهو
لم يكن من حيث منافع بضعه مملوكا ولا المراة من حيث منافع بضعها مالكة بل من حيث منافع
بضعها مالكة اجزاءها فاختلفت الجهة وانتفى التنافي فالجواب انا لا نسلم انها لم تملك منافع
بضعه فانها تقدر على اتلافه بالاخصاء والجب من غير ضمان يلحقها فكان العبد مملوكا من حيث قرضية
مالكا فاتحدت الجهة وتحقق التنافي واما الجواب عما استدل به نفاة التفصيل من الاية فبانها يعارضها
قوله وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم خاطب الله تعالى الموالي بانكاح الاماء لا
بنكاحهن فان قيل الاية ساكتة عن بيان نكاحهن والساكت ليس بحجة فالجواب ان الموضع موضع
بيان ما يحتاج اليه من امر النكاح والسكوت عن البيان في موضع الحاجة الى البيان بيان ويجوز تزويج
الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب قال المصنف اي العفايف فسر
بذلك احترازا عن قول ابن عمر رض فانه فسرها بالمسلمات وليس لعفة شرطا لجواز النكاح وانما ذكر
بناء على العادة بدلالة الغرض ووجه الاستدلال ان الله تعالى قال اليوم احل لكم الطيبات وطعام الذين
اوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب اي واحل
لكم المحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب لا خفاء في دلالة على الحل ولا فرق بين
الكتابية الحرة والامة على ما نبين من بعد بعض بعد اسطر حيث قال ويجوز تزويج الامة ولا يجوز تزويج
المجوسيات لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب اي اسلكوا بهم طريقتهم يعني عاملوهم معاملة هؤلاء
في اعطاء الامان باخذ الجزية منهم رواه عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه ولا يجوز تزويج الوثنيات لقوله تعالى
ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن وهو بعمومه يتناول الوثنية وهي من يعبد الصنم وغيره واعترض بان
اهل الكتاب مشركون قال الله تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله الى قوله
سبحانه وتعالى عما يشركون وقد ذكر في التيسير والكشاف ان اسم اهل الشرك يقع على اهل الكتاب فيكونون
داخلين تحت المشركين وذلك يقتضي عدم جواز نكاح الكتابيات وقد بين المصنف جوازه مستدلا بقوله و
المحصنات من الذين اوتوا الكتاب والجواب ان الله تعالى عطف المشركين على اهل الكتاب في قوله ولتسمعن
من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم ومن الذين اشركوا اذى كثيرا وفي قوله لم يكن الذين كفروا من اهل الكتاب والمشركين

والمعطوف

والمعطوف غير المعطوف عليه لا محالة وقوله عما يشركون استعارة تصريحية تبعية وذلك لانه شبه اتخاذهم
الاحبار والرهبان اربابا باشراك المشركين وسرى ذلك الى الفعلين ثم ترك المشبه وذكر
المشبه به كما عرف في علم البيان فان قيل اتخاذهم ذلك اربابا عين الشرك لا مشبه به قلت فيه الا استعارة
التصريحية فانهم لم يجعلوهم اربابا حقيقة وانما كانوا يعظمونهم تعظيم الارباب فان قيل فما تقول
في تاويل ابن عمر رضي الله عنه لقوله تعالى والمحصنات من المؤمنات باللاتي اسلمن من اهل الكتاب
قلنا لسنا ناخذ به لعراه اذ ذاك عن الفائدة فان غير الكتابية ايضا اذا اسلمت حل نكاحها و
قد جاء عن حذيفة رضي الله عنه انه تزوج يهودية وكذا عن كعب بن مالك رضي الله عنه قال
ويجوز تزويج الصابئات ان كانوا يؤمنون بدين نبي الصابئات من صبا اذا خرج من الدين
وهم قوم عدلوا عن دين اليهودية والنصرانية وعبدوا الكواكب وذكر في الصحاح انهم جنس من
اهل الكتاب والتفصيل المذكور في حكمهم مبني على هذين التفسيرين وقوله والخلاف المنقول فيه
يعني بين ابي حنيفة وصاحبيه ان انكحتهم صحيحة عنده خلافا لهما محمول على اشتباه مذهبهم و
كل اجاب بما وقع عنده وقع عند ابي حنيفة رح انهم من اهل الكتاب يقرؤن الزبور ولا يعبدون
الكواكب لكنهم يعظمونها كتعظيمنا القبلة في الاستقبال اليها ووقع عندهما انهم يعبدون الكواكب
ولا كتاب لهم فصاروا كعبدة الاوثان فاذن لا خلاف بينهم في الحقيقة لانهم ان كانوا كما قال
به ابو حنيفة جاز مناكحتهم عندهما ايضا وان كانوا كما قالا فلا يجوز مناكحتهم عنده ايضا و
حكم ذبيحتهم على هذا ويجوز تزويج المحرم والمحرمة في حالة الاحرام وقال الشافعي رح لا يجوز
تزويج المحرم ولبنيه على هذا الخلاف له ما روي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب ولنا ما روي عن ابن عباس
رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام تزوج ميمونة وهو محرم قال ابو عيسى الترمذي حديث ابن
عباس حسن صحيح فان قلت النكاح مما يثبت به حرمة المصاهرة فيجب ان لا يجوز على المحرم
قياسا على الوطء اذا كان الحديثان متعارضين قلت ما رواه محمول على الوطء اي لا يطاؤه و
لا يمكن المراة ان يطاءها كما هو فعل البعض فكان القياس بعد ذلك في مقابلة النص وهو فاسد
ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت او كتابية وقال الشافعي رح لا يجوز للحر ان يتزوج بامة
كتابية لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق اذ الولد يتبع الام
في الرق وما يثبت بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة يندفع بالمسلمة فلا حاجة الى الكتابية
ولهذا اي ولكونه ضروريا عنده جعل طول الحرة مانعا منه اي من تزويج الامة لاندفاع الضرورة
بالقدرة على تزويج الحرة وعندنا جواز نكاح الامة مطلق مسلمة كانت او كتابية لاطلاق

المقتضى وهو قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم وانتفاء المانع
الذى هو ابداؤه وهو تعريض الجزء على الرق لان فيه اى فى الاقدام على نكاح الامة امتناعا عن
تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه لانه لم يوجد بعد وبعد وجود الماء فهو موات لا يوصف بالرق والحرية
الا بطريق التبعية والامتناع عنه ليس بمانع شرعا لان له ان لا يحصل الاصل بالعزل برضى المرأة
وبتزوج العجوز والعقيم فلان يكون له ان لا يحصل وصف الحرية بتزوج الامة اولى ولا يتزوج
امة على حرة سواء كان حرا او عبدا وقال الشافعى يجوز ذلك للعبد وقال مالك رح يجوز برضى الحرة
وجه قول الشافعى ان تزوج الامة ممنوع لمعنى فى المتزوج اذا كان حرا وهو تعريض جزئه على الرق
مع الغنية عنه وهو لا يوجد فى حق العبد لانه رقيق بجميع اجزائه ووجه قول مالك رح ان المنع لحق الحرة
فاذا رضيت فقد اسقطت حقها ولنا ما ذكره محمد بن الحسن فى مبسوطه بلغنا عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم انه قال لا تنكح الامة على الحرة وهو باطلاقه حجة عليهما لان الرأى فى مقابلة النص غير
معتبر فان قلت جوزتم نكاح الامة مسلمة كانت او كتابية باطلاق المقتضى على ما تلوتم فهلا
جوزتم نكاحها على الحرة بذلك قلت جوزنا هنالك لوجود المقتضى وانتفاء المانع وههنا وان كان
المقتضى موجودا لكن المانع غير منتف وهو الذى اشار اليه المص بقوله ولان للرق اثرا فى تنصيف النعمة
على ما نقرره فى الطلاق فيثبت به حل المحلية فى حالة الانفراد دون حالة الانضمام ولا علينا ان
نقرره ههنا وتقريره ان الحل الذى يبتنى عليه عقد النكاح نعمة فى جانب الرجال والنساء جميعا فكما
يتنصف ذلك الحل برق الرجل حتى يتزوج العبد ثنتين والحر اربعا فكذلك يتنصف برق المرأة
لان الرق هو المنصف وهو يشملهما ولا يمكن اظهار هذا التنصيف فى جانبها بنقصان العدد
لان المرأة الواحدة لا تحل الا لواحد فظهر التنصيف باعتبار الحالة فبعد ذلك نقول الاحوال ثلث
حال ما قبل نكاح الحرة وحالها بعده وحال المقارنة ولكن الحالة الواحدة لا تحتمل التجزى فيغلب الحرمة
على الحل فتجعل محللة سابقة على الحرة ومحرمة مقترنة بالحرة او متاخرة عنها وهذا المعنى وهو بطلان
التنصيف بالرق الثابت بالدليل القطعى مانع عن العمل باطلاق المقتضى فتامل فانه غريب ويجوز
تزوج الحرة عليها لقوله عليه السلام وينكح على الامة ولانها من المحللات فى جميع الحالات لعدم
المنصف فى حقها فجاز العمل باطلاق المقتضى عند انتفاء المانع فان تزوج امة على حرة فى عدة من طلاق
باين او ثلث لم يجز عند ابى حنيفة رح ويجوز عندهما ووجه الجانبين على ما ذكره فى الكتاب ظاهر
ولا بد لهما من فرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا تزوج امرأة فى عدة اختها من طلاق باين فانهما لم
يجوزاه كابى حنيفة وقالوا فى الفرق لهما ان المحرم هنالك الجمع فاذا تزوجها فى عدة اختها صار جامعا
بينهما فى حقوق النكاح فلا يجوز واما هذا المنع فليس لاجل الجمع فانه لو تزوج الامة ثم الحرة صح نكا

ولكنه باعتبار ادخال النقصة الحال على كاملة الحال وهذا لا يوجد بعد البينونة وللقائل ان يقول
نكاح الاولى قائم ما دامت فى العدة اولا فان كان الاول ورد عليهما هذه المسئلة وان كان الثانى
فكذلك المسئلة وقد نقل فى النهاية عن المبسوط والاسرار فرقا آخر اضعف من هذا فلا حاجة الى ذكره
قال وللحر ان يتزوج اربعا من الحرائر والاماء وللحر ان يتزوج اربعا من الحرائر
والاماء او منهما اذا قدم الامة على الحرة ولا يجوز اكثر من ذلك قال الله تعالى فانكحوا ما طاب
لكم من النساء مثنى وثلث ورباع نص على العدد والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه وفيه بحث
لان هذا معدول وهو وصف ولهذا منع عن الصرف للعدل والوصف فكان من تخصيص الشىء بالذكر
وذلك لا يدل على نفى الحكم عما عداه فيثبت الزيادة بقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم سلمنا انه عدد
ولكن لا نسلم ان التنصيص عليه يمنع الزيادة عليه لانه عليه السلام انما يغسل الثوب من خمس من بول
وغائط وقىء ومنى ودم وبالاتفاق يغسل من الخمر ايضا مع انه عليه السلام نص على العدد مع كلمة
الحصر والجواب عن الاول انه بحسب الاصل من الاعداد وان استعمل وصفا وعن الثانى بان معناه انما
يغسل الثوب من نجس مما يخرج من بدن الادمى لان هذا الحديث خرج جوابا لسؤال من سأل عن النجاسة
وهو منحصر على هذا العدد فان قيل سلمناه لكن مقتضاه التسع او ثمانية عشر لان الواو للجمع اجيب
بان هذا الوهم هو الذى اوقع الرفضة لعنهم الله فى التسوية بينهم وبين افضل الموجودات مع اختصاصه
بذلك بفضيلة النبوة او ازدياد هم عليه فان منهم من ذهب الى جواز التسع ومنهم من ذهب
الى جواز ثمانية عشر نظرا الى معنى المعدول وحرف الجمع ولكن ليس الامر على ما توهموا لان المراد مثل هذا
الكلام احد هذه الاعداد قال الفراء لا وجه لحمل هذا على الجمع لان العبارة عن التسع بهذا اللفظ من
العى فى الكلام والكلام المجيد منزه عن ذلك وقد صح ان رسول الله عليه السلام فرق بين
غيلان الديلمى وبين ما زاد على الاربع من النسوة حين اسلم وتحته عشر نسوة ولم ينقل عن احد
فى حيوة النبى عليه السلام ولا بعده الى يومنا هذا انه جمع بين اكثر من اربع نسوة نكاحا وقال
الشافعى رح لا يتزوج الا امة واحدة لانه اى نكاح الامة ضرورى فى حق الحر عنده كما تقدم و
الضرورة تندفع بالواحدة والحجة عليه ما تلونا يعنى قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء فان
اسم النساء ينتظم الامة المنكوحة كما فى الظهار فان اية مذكورة بلفظ النساء ويتناول الامة المنكوحة
ولا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من ثنتين وقال مالك رح يجوز لانه فى حق النكاح بمنزلة الحر عنده
لانه يملك اصل ملك النكاح بالاجماع ولو لم يكن بمنزلة الحر فى حق النكاح لما ملكه كما انه لا يملك المال ولهذا
قال جاز له ان يتزوج بغير اذن مولاه كما ان له ان يطلق بغير اذنه ولنا ان الرق منصف على ما سيجىء
فى الطلاق كما وعده المص رح فيتزوج العبد اثنتين والحر اربعا اظهارا لشرف الحرية وتملكه اصل النكاح
قررت

لا يمنع التنصيف بالرق كالامة المنكوحة فانها يملك طلب القسم ويتنصف قسمها وقوله فان طلق الحر ظاهر
قال فان تزوج حبلى من الزنا الحامل اذا تزوجت فاما ان يكون الحمل ثابت النسب او لا فان كان
الاول فالنكاح باطل في قولهم جميعا وان كان الثاني قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله جاز النكاح ولا يطاها
حتى تضع حملها وقال ابو يوسف رح النكاح فاسد لان الامتناع في الاصل اي في الحمل الثابت النسب كان
لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم لانه لا جناية منه ولهذا لم يجز اسقاطه والحاصل انه قاس حمل الزنا على الحمل الثابت
النسب بعلة حرمة الحمل ولهما انها من المحللات بالنص وهو قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم وكل من كانت
كذلك جاز نكاحها فان قلت ما بال الحمل الثابت النسب لم يدخل تحت هذا النص قلت لمكان قوله تعالى ولا
تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله فان قيل لو كانت من المحللات لحل وطؤها بعد ورود العقد عليها
اجاب بقوله وحرمة الوطء كيلا يسقي ماءه زرع غيره وحرمة الوطء لعارض يحتمل الزوال لا يستلزم فساد
النكاح كما في حالة الحيض والنفاس وقوله والامتناع في ثابت النسب جواب عن قياس ابي يوسف رح
وتقريره انا لا نسلم ان فساد النكاح لحرمة الحمل بل انما هو لحق صاحب الماء ولا حرمة للزنا وقوله فان تزوج
حاملا من السبي صورته ان يسبي الحربية حاملا فيريد الثاني ان يتزوجها لا يجوز ما لم يضع الحمل لان
النسب من زوجها ثابت فكان الماء محترما واجب الصيانة وكذلك حكم المهاجرة وقوله وان زوج
ام ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل لانها فراش لمولاها لوجود حده وهو صيرورة المراة متعينة
لثبوت نسب الولد منها وكل من كانت فراشا لشخص لا يجوز نكاحها لئلا يحصل الجمع بين الفراشين فانه
سبب الحرمة في المحصنات من النساء فان قلت لو كانت فراشا لبطل نكاحها حائلا ايضا اجاب بقوله لم
الا انه غير متاكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فكان فراشا ضعيفا فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل
لان الحمل مانع في الجملة وكذلك الفراش فعند اجتماعهما يحصل التاكيد فان قيل ان كان غير متاكد ينتفي الولد
بالنفي من غير لعان وجب ان يكون الاقدام على النكاح نفيا للنسب فانه يقبل النفي دلالة كما اذا قال لجارية لم
ولدت ثلثة اولاد في بطون مختلفة هذا الاكبر مني فانه ينتفي نسب الباقين واذا انتفى نسبه كان حملا غير
ثابت النسب وفي مثله يجوز النكاح كما تقدم اجيب بان هذه دلالة والدلالة انما يعمل اذا لم يعمل اذا لم
يخالفها صريح والصريح ههنا موجود لان المسئلة فيما اذا كان الحمل منه فانه قال رجل زوج ام ولده وهي حامل
منه انما يكون الحمل منه اذا اقر به وانما ذكر لفظ الفاسد في المسئلتين المتقدمتين ولفظ الباطل ههنا وان كان
المراد بالفاسد هناك الباطل ايضا على ما ذكره الامام فخر الاسلام وقال لان ثبوت الملك في باب النكاح مع
المنافي انما هو لضرورة تحقق المقاصد من حل الاستمتاع للتوالد والتناسل فلا حاجة الى عقد لا يفضي الى المقاصد
ولا يثبت به الملك لان الحرمة في المتقدمتين اهون منها في الحامل من الزنا فلان الحرمة فيها مختلف فيها وهو ظاهر
واما في المسبية فكذلك على ما روى الحسن عن ابي حنيفة انها اذا تزوجت جاز النكاح ولكن لا يقربها زوجها حتى

يضع حملها

يضع حملها ومن وطئ جاريته ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها لعدم حد الفراش الذي
ذكرناه فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة الا ان عليه اي على المولى ان يستبرئها قال
الشارحون معنى قوله عليه الاستحباب دون الوجوب وذلك لان هذا اللفظ غير مذكور في الجامع الصغير
وانما ذكره المصنف فيقال انه اراد به الاستحباب صيانة لمائه وقد صرح به في فتاوى الولوالجي بالاستحباب
واذا جاز النكاح جاز للزوج ان يطاها قبل الاستبراء عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد
لا احب له ان يطاها حتى يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء المولى ولو تحقق الاشتغال بماء الغير كان
الوطء حراما فاذا احتمل ذلك يجب التنزه كما في الشراء فان الموجب فيه احتمال الشغل لكن جاز الا قدام
على النكاح اورث ضعفا في السبب فيكون مستحبا ولهما انا قد اتفقنا على جواز النكاح من غير حبل
وان الحكم بجواز النكاح في مثله امارة فراغ الرحم لان النكاح لم يشرع الا على رحم فارغ عن شغل
محترم واذا كان الرحم فارغا لا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا اذ الحكم لا يثبت بلا سبب
وانما قدم الاستحباب وكان حقه التاخير لان نفيه يستلزم نفي الوجوب فكان تقديمه يوجب الاستغناء
عن نفي الوجوب اما لان الخصم يقول به فكان نفيه اهم واما ليتصل بقوله بخلاف الشراء فان الاستبراء
فيه واجب ومن تذكر ما سلف من المسائل لنظم لما ذكرنا من القيود التي لم يصرح بذكرها المصنف استغناء
عنها بما يضمن كلامه فيما سلف وقوله بخلاف الشراء جواب عن قياس محمد صورة النزاع على الشراء بالفارق
وهو ان الشراء مع الشغل جائز دون النكاح فالحكم بجواز النكاح امارة الفراغ والا لكان حكما بما لا
يجوز ولا كذلك في الشراء فيجب الاستبراء وقوله وكذا اذا راى امراة تزني ظاهر وقيل ينبغي ان لا يحل
لان احتمال الشغل قائم ودليل الحرمة عند معارضة دليل الحل راجح واجيب بانه تعارض الاحتمالان
احتمال وجود الحمل وعدمه فعند ذلك رجحنا جانب العدم لاصالته ولتقوي الاصالة هنا لعدم حرمة صاحب
الماء قال ونكاح المتعة باطل صورة المتعة ما ذكره في الكتاب ان يقول الرجل لامراة اتمتع
بك كذا مدة بكذا من المال او يقول خذي هذه العشرة لاستمتع بك اياما او متعيني نفسك اياما او عشرة
ايام او لم يقل اياما وهذا عندنا باطل وقال مالك هو جائز وهو الظاهر من قول ابن عباس لانه كان مباحا
بالاتفاق فيبقى الى ان يظهر ناسخه قلنا قد ظهر ناسخه باجماع [illegible] الصحابة وبيان ذلك انه وردت
الاحاديث الدالة على نسخها منها ما روي عن محمد بن الحنفية عن علي بن ابي طالب ان منادي رسول الله
نادى يوم خيبر الا ان الله ورسوله ينهيانكم عن المتعة ومنها حديث الربيع بن سبرة قال احل رسول
الله عليه السلام المتعة عام الفتح ثلثة ايام فجئت مع عم الى باب امراة ومع كل واحد منا بردة وكانت
بردة عمي احسن من بردتي فخرجت امراة كانها دمية عيطاء فجعلت تنظر الى شبابي والى بردتي وقالت
هلا بردة كبردة هذا او شباب كشباب هذا ثم آثرت شبابي على بردته فبت عندها فلما اصبحت اذا
انا
مع حتى

الولوالجي ساله

ازصنم طويل العنق

فنادى رسول الله عليه السلام ينادي الا ان الله تعالى ورسوله ينهيانكم عن المتعة فانتهى الناس عنها ثم اجمعت
الصحابة على ان المتعة قد انتسخت في حيوة النبي عليه السلام وكانت الاحاديث ناسخة والاجماع مظهر الان
نسخ الكتاب والسنة بالاجماع ليس بصحيح على المذهب الاصح فان قيل اين الاجماع وقد كان ابن عباس
مخالفا اجاب بقوله وابن عباس صح رجوعه الى قولهم روى جابر بن زيد ان ابن عباس ما يخرج من الدنيا
حتى رجع عن قوله في الصرف والمتعة فتقرر الاجماع وقيل في نسبة جواز المتعة الى مالك نظر لانه روى الحديث
في الموطا عن ابن شهاب عن عبد الله والحسن بن محمد بن علي عن ابيهما عن علي بن ابي طالب ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن اكل لحوم الحمر الانسية وقال في المدونة ولا
يجوز النكاح الى اجل قريب او بعيد وان سمى صداقا وهذه المتعة واقول يجوز ان يكون شمس الائمة الذي
اخذ منه المص قد اطلع على قول له على خلاف ما في المدونة وليس كل من يروي حديثا يكون واجب العمل لجواز
ان يكون عنده ما يعارضه او يترجح عليه والنكاح الموقت باطل مثل ان يتزوج امراة بشهادة شاهدين
الى عشرة ايام والذي يفهم من عبارة المص ح في الفرق بينهما شيئان احدهما وجود لفظ يشارك المتعة
في الاشتقاق كما ذكرنا في نكاح المتعة والثاني شهود الشاهدين في النكاح الموقت مع ذكر لفظ التزويج
او النكاح وان يكون المدة معينة وقال زفر رح هو صحيح لازم لان التوقيت شرط فاسد لكونه مخالفا
لمقتضى عقد النكاح والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا انه اتى بمعنى المتعة بلفظ النكاح لان معنى
المتعة هو الاستمتاع بالمراة لا القصد لمقاصد النكاح وهو موجود فيما نحن فيه لانها لا تحصل في مدة قليلة
والعبرة في العقود للمعاني دون الالفاظ الا يرى ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط
مطالبة الاصيل كفالة وقوله ولا فرق بينهما اذا طالت مدة التاقيت او قصرت احتراز عن قول الحسن بن
زياد انهما ان ذكرا من الوقت ما لم يعلم انهما يعيشان اليه كمائة سنة او اكثر كان النكاح صحيحا لانه
في معنى التابيد وهو رواية عن ابي حنيفة ووجه الظاهر ان التاقيت معين لجهة المتعة فان قوله تزوجتك
للنكاح ومقتضاه التابيد لانه لم يوضع شرعا الا لذلك ولكنه يحتمل المتعة فاذا قال الى عشرة ايام
عين التوقيت جهة كونه متعة معنى وفي هذا المعنى المدة القليلة والكثيرة سواء واستشكل هذه
المسئلة بما اذا شرط في وقت العقد ان يطلقها بعد شهر فان النكاح صحيح والشرط باطل ولا فرق
بينهما وبين ما نحن فيه واجيب بان الفرق بينهما ظاهر لان الطلاق قاطع للنكاح فاشتراطه بعد شهر
لينقطع به دليل على وجوده لعقد مؤبدا ولهذا لو مضى الشهر لم يبطل النكاح فكان النكاح صحيحا و
الشرط باطلا واما صورة النزاع فالشرط انما هو في النكاح لا في قاطعه ولهذا لو صح التوقيت لم يكن
بينهما بعد مضي المدة عقد كما في الاجارة قال ومن تزوج امراتين في عقدة واحدة هذه المسئلة
من الاصل اي من المبسوط وصورتها ظاهرة ومسئلة البيع تاتي في البيوع وقوله وعندهما يقسم على مهر مثليهما

بعني اذا كان مهر مثلهما المسمى الفا مثلا ينظر الى مهر مثليهما ويقسم المسمى عليهما فما اصاب
حصة التي لا تحل يسقط عن الزوج وما اصاب حصة الاخرى يثبت عليه لهما انه قابل المسمى
بالبضعين وكل ما كان مقابلا بشيئين فانما يلزم اذا سلما لمن قابل ولم يسلم ههنا الا احدهما
فلا يلزمه الا حصته كما لو خطب امراتين بالنكاح على الف فاجابت احديهما دون الاخرى و
لابي حنيفة ان ضم ما لا يحل الى ما يحل في النكاح كضم الجدار الى المراة فيه في ان كل واحد منهما
ليس بمحل للنكاح ولو فعل ذلك وسمى كان المسمى كله للمراة فكذلك ههنا لمن تحل بخلاف ما اذا
خاطبهما بالنكاح لانهما قد استويا في الايجاب حتى لو اجابتا صح نكاحهما جميعا فيثبت انقسام البدل
بالمساوات في الايجاب فان قيل اذا لم تكن محلا للنكاح اصلا ولم تدخل تحت العقد وجب
ان يجب الحد ان دخل بها ولا يجب عنده اجيب بان عدم الحد باعتبار ظاهر صورة العقد وقوله
ومن ادعت عليه امراة انه تزوجها فهذه المسئلة من الجامع الصغير وهي ملقبة بين الفقهاء
بان قضاء القاضي بشهادة الزور في العقود والفسوخ عند ابي حنيفة رح ينفذ ظاهرا وباطنا
ومعنى نفوذه ظاهرا تفرده فيما بينهما بثبوت التمكين والنفقة والقسم وغير ذلك ومعنى نفوذه
باطنا ثبوت الحل عند الله تعالى واما في الاملاك المرسلة والميراث فانه ينفذ ظاهرا لا باطنا بالاجماع
واما في الهبة والصدقة فعن ابي يوسف فيه روايتان في رواية الحقها بالاشرية والانكحة
من حيث انه يحتاج فيه الى الايجاب والقبول وفي الاخرى الحقها بالاملاك المرسلة وما ذكره
في الكتاب من تحرير المذاهب واضح قالوا القاضي اخطا الحجة ان الشهود كذبة والخطاء في
الحجة يمنع عن النفوذ باطنا كما اذا ظهر انهم عبيد او كفار ولابي حنيفة ان الشهود صدقة
عند القاضي لان الفرض انه لم يطلع على شيء مما يجرحهم ومثل هذا الشهود هي الحجة المعتبرة في الشرع
لتعذر الوقوف على الصدق حقيقة لان ذلك امر باطن لا يعلمه الا الله فلو اشترط ذلك للقضاء لما امكن
القضاء اصلا واذا وجدت الحجة الشرعية نفذ الحكم ظاهرا وباطنا بخلاف الكفر والرق لان
الوقوف عليهما متيسر بالامارات فان قيل القضاء اظهار ما كان ثابتا لا اثبات ما لم يكن
والنكاح لم يكن ثابتا فكيف ينفذ القضاء باطنا اشار الى الجواب بقوله بتقديم النكاح يعني
تقدم النكاح على القضاء بطريق الاقتضاء كانه قال انكحتك اياه وحكمت بينكما بذلك قطعا
للمنازعة فيحل له ان يطاها كيلا ينازعه في طلب الوطء ثانيا وسالني بعض اذكياء المغاربة
حين قدم مصر حاجا سنة سبع واربعين وسبعمائة عن هذه المسئلة طاعنا في المذهب فاجبته
بقولهم هذا قطعا للمنازعة فقال قطع المنازعة لم ينحصر في الوطء فليطلقها فانه مخلص عن المنازعة
مع البراءة عن عهدة وطء لم يسبقه محلل فقلت نعني بالطلاق طلاقا مشروعا او غير مشروع كالطبيل

الثاني لعدم الاعتداد بما ليس بمشروع فتعين الاول وهو يقتضي النكاح لا محالة واما مثاني هذه
المسئلة على فانه روي ان رجلا ادعى على امراة نكاحا بين يدي علي واقام شاهدين فقضى بالنكاح
بينهما فقالت المراة ان لم يكن بد يا امير المؤمنين فزوجني منه فقال علي شاهداك زوجاك ولولم
ينعقد العقد بينهما بقضائه لما امتنع عن العقد عند طلبها ورغبة الزوج فيها وقد كان في ذلك
تحصينهما من الزنا وكان ذلك منه قضاء بشهادة الزور فان قيل هذا انما يتم اذا جعل قضاؤه
بمنزلة انشاء العقد وذلك يقتضي ان يشترط حضور الشهود عند قوله قضيت عملا بقوله عليه السلام
لا نكاح الا بشهود اجيب بان بعض مشايخنا ذهبوا الى ذلك واليه مال شمس الائمة السرخسي و
آخرين منهم قالوا انشاء النكاح لا يثبت مقصودا وانما يثبت مقتضى صحة قضائه في الباطن والمقتضى
لا يراعى شرايط التي يثبت بها لو كان مقصودا كما في قوله اعتق عبدك عني بالف درهم وهو الجواب
عن سقوط الايجاب والقبول وقوله بخلاف الاملاك المرسلة اي المطلقة عن اثبات سبب الملك بان
ادعى ملكا مطلقا في الجارية او الطعام من غير تعيين شيء او ارث حيث لا ينفذ القضاء الا ظاهرا
بالاتفاق حتى لا يحل بالمقضي له وطؤها لان في الاسباب تزاحما فلا يمكن تنفيذه بيانه ان في الاسباب كثرة
ولا يمكن للقاضي تعيين شيء منها بدون الحجة فلم يكن مخاطبا بالقضاء بالملك وانما هو مخاطب بقضاء
المدعى عليه عن المدعي وذكرنا فقد منه ظاهرا فاما ان ينفذ باطنا بمنزلة انشاء عقد جديد فليس
بقادر عليه بلا سبب شرعي بخلاف النكاح فان طريقه متعين من الوجه الذي قلنا فيمكننا اثباته وتنفيذه
باب الاولياء والاكفاء اخر بيان الاولياء والاكفاء عن بيان المحرمات وان كانا
بشرطي النكاح لان حل محل النكاح شرط جوازه بالاتفاق بخلاف الاولياء والاكفاء والمتفق عليه اولى
بالتقديم وتحرير المذهب على ما ذكر في الكتاب واضح واما وجه من لم يجوزه بدون الولي كما في يوسف في
غير ظاهر الرواية ومالك والشافعي فهما قال لان النكاح يراد لمقاصده والتفويض اليهن فيه مخل لانهن
سريعات الاغترار سيئات الاختيار لا سيما عند التوقان وهو مردود بما اذا اذن لها الولي كما
اختاره محمد فان الخلل ينجبر به فكان الواجب الجواز حينئذ وهم لا يقولون به وايضا المدعى ان
النكاح لا ينعقد بعبارة النساء فالدليل المطابق بيان الخلل في العبارة والاعتذار بان هذا التعليل ان
لا يفوض اليهن امر النكاح مطلقا من غير نظر الى ان يأذن الولي اولا غير دافع لانتفاء المطابقة واما تعليل
وجه من جوزه فهو انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها
التصرف في المال ولها اختيار الازواج بالاتفاق وكل تصرف هذا شانه فهو جايز بلا خلاف فان قلت لا نم
انها تصرفت في خالص حقها بل فيما يتعلق به حق الاولياء ولهذا لا يجوز اذا لم يكن بكفو في رواية قلت
ولا فرق في ظاهر الرواية فلا يرد عليه واما على رواية الحسن عن ابي حنيفة رح فالجواب ان المراد بخالص حقها

ما كان من الموضوعات الاصلية التي تترتب على النكاح من تمليك منافع بضعها واستيجاب المهر والنفقة
والكسوة والسكنى ونحوها وكل ذلك خالص حقها فلا يعتبر بالعارض من لحوق العار للاولياء فان
قيل هذا استدلال بالرأي في مقابلة الكتاب والسنة ومثله فاسد اما الكتاب فقوله تعالى ولا
تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن نهى الولي عن العضل وهو منع وانما يتحقق منه المنع اذا
كان الممنوع في يده واما السنة فما روي في السنن عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن
الزهري عن عروة عن عايشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما امراة نكحت
بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل فالجواب ان الآية مشتركة الالزام لانه نهاهم
عن منعهن عن النكاح فدل على انهن يملكنه وان قوله فلا جناح عليهن فيما فعلن في
انفسهن وقوله حتى تنكح زوجا غيره وقوله ان ينكحن ازواجهن يعارضها واما الحديث
فساقط الاعتبار لان ابن جريج سال الزهري عنه فلم يعرفه وفي رواية فانكره ولان
عايشة عملت بخلافه زوجت بنت اخيها عبد الرحمن من المنذر بن الزبير وذلك يدل
على نسخه ولانه معارض بقوله عليه السلام الايم احق بنفسها من وليها والايم اسم امراة
لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا هذا هو الصحيح عند اهل اللغة واذا كان الكتاب والسنة
متعارضين ترك النص الاستدلال بهما للجانبين وصار الى المعقول وهو مروي عن عمر وعلي
وعبد الله بن مسعود وقوله وانما يطالب الولي بالتزويج جواب عما يقال اذا تصرفت في
خالص حقها فلم امر الولي بالتزويج اذا طلبته واي حاجة لها الى طلب التصرف من الولي في خا لص
حقها ووجهه انها بمباشرة هذا التصرف تنسب الى الوقاحة فجعل التصرف من الولي في خالص حقها واجبا
عليه صيانة لها عن النسبة اليها وقوله ولكن للولي الاعتراض في غير الكفو يعني اذا لم تلد من الزوج
واما اذا ولدت فليس للاولياء حق الفسخ كيلا يضيع الولد عمن يربيه قال في النهاية ولكن في
مبسوط شيخ الاسلام واذا تزوجت المراة نفسها من غير كفو فعلم الولي بذلك فسكت حتى ولدت
اولادا ثم بدا له ان يخاصم في ذلك فله ان يفرق بينهما لان السكوت انما جعل رضا في حق النكاح في
حق البكر نصا بخلاف القياس قال كذا كان مكتوبا بخط شيخي وقوله وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه
لا يجوز في غير الكفو يعني لدفع ضرر العار عن الاولياء قال شمس الائمة وهذا اقرب الى الاحتياط
فليس كل ولي يحسن المرافعة الى القاضي ولا كل قاضي يعدل وهو معنى قوله لا يدكم من واقع لا يدفع ويروى
رجوع محمد الى قولهما يعني ينعقد نكاحها عنده ايضا بلا ولي ولا توقف على الاجازة قال
ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح اجبار البكر البالغة على النكاح لا يجوز عندنا خلافا
للشافعي رح وهو مذهب ابن ابي ليلى له ان الصغيرة اذا كانت بكرا تزوج كرها فكذا البالغة

والجامع بينهما الجهالة بامر النكاح لعدم التجربة ولهذا اى ولكونها جاهلة بامر النكاح يقبض الاب صداقها
بغير امرها ولنا انها حرة مخاطبة لان الكلام فى الحرة البالغة وكل من كانت كذلك لا يكون للغير عليها
ولاية وقوله والولاية على الصغير جواب عن قياسه على الصغيرة بالمفارقة وذلك لان الولاية على الصغيرة
انما كانت لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار الاجبار
عليها كالاجبار على الغلام فان كان صغيرا جاز لقصور العقل وان كان بالغا لا يجوز وصار
كالتصرف فى المال اى فى مال البكر البالغة فانه لا يجوز للاب التصرف فيه وقوله وانما يملك الاب قبض الصداق
برضاها دلالة جواب عن قوله ولهذا يقبض الاب صداقها ووجه ذلك ان الظاهر ان البكر تستحى
عن قبض صداقها لان الاب هو الذى يقبض ذلك ليجهزها به مع مال نفسه ليبعث بها الى بيت زوجها وكان
ذلك اذنا دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها لان الدلالة يبطل بصريح يخالفها وقوله واذا استاذنها الولى
ظاهر وقوله وان فعل هذا يعنى الاستيمار والاستيذان غير ولى وهو الاجنبى او قريب ليس بولى بان
كان كافرا او عبدا او مكاتبا او ولى غيره اولى منه كاستيذان الاخ مع وجود الاب لا يكون رضا حتى
تتكلم به لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا وقوله ولو وقع اى السكوت
دليلا فهو دليل محتمل يحتمل الاذن والرد والاكتفاء بمثله فى الدلالة للحاجة ولا حاجة فى حق غير الاولياء لانه
فضولى او فى حق ولى غيره احق لعدم الالتفات الى كلامه بخلاف ما اذا كان المستامر رسول الولى لانه
قائم مقامه وقوله ويعتبر فى الاستيمار التسمية يعنى اذا استامر فلا بد ان يسمى الزوج على وجه تعرفه
اما اذا ابهم وقال انى ازوجك فسكتت لا يكون السكوت رضى ولا يشترط تسمية المهر هو
الصحيح قوله هو الصحيح احتراز عن قول من قال من المتاخرين لا بد من تسمية المهر فى الاستيمار لان
رغبتها تختلف باختلاف الصداق فى القلة والكثرة ووجه الصحيح ما ذكر ان للنكاح صحة بدونه فلا
يحتاج الى ذكره ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا من كونه رضى وكان محمد بن مقاتل
يقول اذا استامرها قبل العقد فسكتت فهو رضى منها بالنص فاما اذا بلغها العقد فسكتت فلا يتم
العقد لان الحاجة هنا الى الاجازة والسكوت لا يكون اجازة لان هذا ليس فى معنى المنصوص عليه فان السكوت
عند الاستيمار لا يكون ملزما لتمكنها ان ترجع قبل العقد وحين بلغها الخبر يكون ملزما فلا يمكنها الرجوع
فلا يلزم النكاح عند الاستيمار بمجرد السكوت لكنا نقول هذا فى معنى المنصوص لان لها عند الاستيمار جوابين
لا ونعم فيكون سكوتها دليلا على الجواب الذى يحول الحياء بينها وبينه فهو نعم لا فيه من اظهار الرغبة فى الرجال
وهو موجود فيما اذا بلغها العقد وهو معنى قوله لان وجه الدلالة فى السكوت لا يختلف وقوله ثم المخبر ان كان
فضوليا اعلم ان محل الخبر اذا كان فى حقوق العباد فهو على ثلثة اقسام ما فيه الزام محض كالبيوع والا
والاملاك المرسلة ونحوها وما ليس فيه الزام اصلا كالوكالات والمضاربات والرسالة فى الهدايا والاذن

فى التجارات وما اشبه ذلك وما فيه الزام من وجه دون وجه كالتى نحن فيه واخواتها كعزل الوكيل
وحجر الماذون واخبار المولى بجناية عبده ونحوها فالاول يشترط فيه العقل والعدالة و
الضبط والاسلام والحرية مع العدد ولفظ الشهادة والثانى يشترط فيه التمييز دون العدالة و
الثالث ان كان المبلغ رسولا او وكيلا لم يشترط فيه العدالة لانه قائم مقام غيره فلو اخبر الغير
بنفسه لم يشترط فيه العدالة فكذا هنا بالاتفاق وان كان فضوليا يشترط فيه احد شطرى الشهادة
اما العدد او العدالة عند ابى حنيفة رح وعندهما هو نظير القسم الثانى فى اشتراط ان يكون المخبر
مميزا سواء كان عدلا او لم يكن وموضع ذلك اصول الفقه ولو استاذن الثيب فلا بد من رضاها
بالقول لقوله عليه السلام الثيب تشاور ووجه الاستدلال ان المشاورة من باب المفاعلة وهو
يقتضى الفعل من الجانبين وقد وجد النطق من الولى بالسؤال فلا بد من النطق منها فى الجواب وقيل
المشاورة عبارة عن طلب الرأى بالاشارة الى الصواب وذلك لا يكون الا بالنطق ولان النطق فى
النكاح من الثيب لا يعد عيبا واذا لم يعد عيبا لم يكن يعنى النطق فى البكر لانه يعد منها عيبا واذا
لم يكن فى معناه لا يلحق به ولان السكوت صار رضى لتوفر الحياء فان عايشة رضى الله عنها اخبرت ان
البكر يستحى قال عليه السلام سكوتها رضاها والحياء فى الثيب غير متوفر لقلته بالممارسة فلا مانع
من النطق فى حقها واذا زالت البكارة بوثبة وهو الوثوب من فوق او حيضة او جراحة او
تعنيس عنست الجارية يعنى عنست عنوسا اذا جاوزت وقت التزويج فلم تتزوج فهى فى حكم
الابكار فى كون اذنها سكوتها لانها بكر اذ البكر هى من يكون مصيبها اول مصيب وهذه
كذلك مشتق من الباكورة وهى اول الثمار ومن البكرة وهو اول النهار ورد بانه لو كان كذلك
لما تمكن من الرد من اشترى جارية على انها بكر فوجدها زايلة البكارة بالوثبة لانها بكر حقيقة
على ما قلتم لكن له ان يردها واجيب بان الرد باعتبار فوات وصف مرغوب فيه وهو العذرة
لا لكونها غير بكر ولان النطق سقط للحياء وهو موجود هنا لانها تستحى لعدم الممارسة
ولو زالت بكارتها بزنى فهى كذلك عند ابى حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد والشافعى لا يكتفى
بسكوتها لانها ثيب حقيقة اذ الثيب من يكون مصيبها عايدا اليها مشتق من المثوبة وهى
الثواب وانما سمى بها لانها رجع اليها فى العاقبة ومنه المثابة وهو الموضع الذى يثاب اى
يرجع اليه مرة بعد اخرى ومنه التثويب وهو الدعاء مرة بعد اخرى واذا كانت ثيبا فلا
يكتفى بسكوتها ولابى حنيفة رح ان الناس عرفوها بكرا وتعريفه ان الشرع جعل السكوت رضى
بعلة الحياء على ما روينا من حديث عايشة واذا وجدت العلة يترتب الحكم عليها وهنا قد وجدت
لما بينه بقوله ان الناس عرفوها بكرا فيعيرونها وفى بعض النسخ فيعيبونها بالنطق فتستحى فتمتنع

من النطق فكانت العلة موجودة فيكتفى بسكوتها كيلا يتعطل عليها مصالحها واذا ظهر هذا سقط ما
قيل هذا تعليل في مقابلة النص وهو قوله عليه السلام الثيب تُشاوَرُ وهو باطل لان هذا عمل بعلة منصوص
عليها لا تعليل في مقابلته فان قيل لا نم ان هذا عمل بعلة منصوص عليها لان المنصوص عليها حياء يكون من كرم
الطبيعة وذلك امر محمود وهذا الحياء حياء معصية فليس مثله فاداه حتى يدخل تحت النص اجيب بان هذا
الحياء اشد لان في الاستنطاق باعتبار انها ثيب ظهورَ فاحشتها وكان كالضرب من التأفيف
فيلحق به وقوله بخلاف ما اذا وطئت بشبهة متصل بقوله فيكتفى بسكوتها يعني ان من وطئت بشبهة
او بنكاح فاسد لا يكون اذنها سكوتها لعدم الحياء ثم لان الشرع اظهره حيث علق به احكاما من لزوم
العدة والمهر واثبات النسب لها بالزنا فقد ندب الى ستره حتى لو اشتهر حالها باقامة الحد
عليها او لصيرورته عادة لا يكتفى بسكوتها فان قيل يجب ان يكتفى بسكوتها في هاتين الصورتين ايضا
لانها داخلة تحت اسم البكر في لسان الشرع وهو قوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة اجيب بان هذا
قول بعض المشايخ وهو ضعيف فان في الموطوءة بالشبهة والنكاح الفاسد هذا موجود ايضا ولا يكتفى
بسكوتها بالاجماع فعرفنا ان المعتبر بقاء صفة الحياء قوله لان السكوت اصل والرد عارض بناء على ان
السكوت عدم الكلام ولا شك في سبقه على عروض الكلام فصار كالمشروط له الخيار اذا ادعى الرد بعد مضي
فانه لا يعتبر قوله بل القول قول من يدعي لزوم العقد بالسكوت بالاجماع لان السكوت اصل والرد عارض
وكان القول قول من يدعي السكوت قوله ونحن نقول ظاهر وحاصله انه يعتبر الانكار المعنوي وزفر يعتبر
الانكار الصوري وقوله بخلاف جواب عن قياس زفر ووجهه انا نجعل القول لمن يشهد له الظاهر
واللزوم قد ظهر بمضي المدة فلهذا القول للساكت وان اقام الزوج البينة على السكوت ثبت النكاح
فان قيل هذه شهادة قامت على النفي لما ذكرتم ان السكوت عدم الكلام والشهادة على النفي غير مقبولة
اجيب بانها مقبولة اذا كان علم الشاهد محيطا به كما اذا ادعت المرأة على زوجها انه قال المسيح ابن الله
ولم يقل قول النصارى وقال الرجل بل قلته فاقامت بينة انه لم يقله تقبل ويفرق بينهما لان هذا
مما يحيط به علم الشاهد لانه لو قاله لسمعه الشهود وان اقاما البينة قال الامام التمرتاشي بينتها اولى
لانها تثبت الرد وهو يثبت عدما وهو السكوت حتى لو اقاما على انها اجازت او رضيت حين علمت
حتى استويا في الاثبات ترجحت بينته لاثباتها اللزوم وان لم يكن له بينة فلا يمين عليها عند ابي حنيفة
وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وسيأتيك في الدعوى ان شاء الله تعالى قال ويجوز نكاح
الصغير والصغيرة يجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة او ثيبا
والولي هو العصبة على ترتيب العصبات في الارث وقال مالك رح ليس لغير الاب ولاية الا الاب لو زوجها الجد
عند عدم الاب لا يجوز وقال الشافعي رح وليهما الاب والجد لا غير اذا كانت الصغيرة بكرا فان كانت

ثيبا فلا ولاية عليهما حتى لو زوجها الاخ او العم او زوج الثيب الصغيرة الاب او الجد كرها لا ينعقد
النكاح وجه قول مالك ان الولاية على الحرة مع قيام المنافي باعتبار الحاجة ولا حاجة للصغير والصغيرة فلا
ولاية عليهما غير ان ولاية الاب ثبتت نصا على خلاف القياس فان ابا بكر زوج عائشة من النبي عليه السلام
وهي بنت ست سنين وصح النبي عليه السلام ذلك فلا يقاس عليه غيره وهو الجد ولا يلحق به دلالة لانه
ليس في معناه لان الولد جزء الاب فكانت الولاية للاب عليه كالولاية على نفسه والجزئية قد ضعفت
بالجد والشفقة قد نقصت فلا يكون في معناه قلنا لا نم ان الولاية على الحرة على خلاف القياس بل هو موافق
له لان النكاح يتضمن المصالح من التناسل والسكن والازدواج وقضاء الشهوة ولا يتوفر الا بين
متكافئين عادة ولا يتفق الكفؤ في كل وقت فاثبتنا الولاية في حالة الصغر احرازا للكفؤ لكيلا
يتأتى منه الاحراز اذا كان ادعى ووجه قول الشافعي ان الولاية للنظر والنظر لا يتم بالتفويض الى
غير الاب والجد لقصور شفقته وبعد قرابته ولهذا اي لقصور شفقته لا يملك التصرف في المال مع انه
ادنى رتبة لكونه وقاية للنفس فلان لا يملك التصرف في النفس وانه اعلى اولى ولنا ان الولاية للنظر وهو
موجود في كل قريب لان القرابة داعية اليه كما في الاب والجد فان النقص فيها لم ينشأ الا من القرابة
غاية ما في الباب انه متفاوت كمالا وقصورا بقرب القرابة وبعدها لكن ما في البعيد من القصور
يمكن التدارك فاظهرناه في سلب ولاية الالزام فجعلنا لهما خيار البلوغ فاذا بلغا ووجدا الامر على
ما ينبغي مضيا على النكاح وان وجدا قدرا وخللا بقصور الشفقة والنظر فسخا النكاح بخلاف التصرف
في المال لان الخلل الواقع بسبب القصور غير ممكن التدارك لانه يتكرر بتداول الايدي بان يبيع
الولي ثم يبيع المشتري من آخر ثم وثم وقد تغيب بعضهم ولا يمكن توقيف كل ذلك الى وقت البلوغ
فلا يفيد الولاية الا ملزمة ولا الزام مع القصور بخلاف المتناكحين فانهما اثنان من غير تكرار
غالبا وكان التدارك بالتوقيف ممكنا وقوله وجه قوله اي قول الشافعي في المسئلة الثانية ان الثيابة
سبب لحدوث الرأي وتقريره ان الرأي امر باطن والثيابة سبب لحدوثه لوجود الممارسة فيقام مقامه
ويدار الحكم عليه تيسيرا ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة يعني ان المقتضي للولاية النظرية هو الحاجة
وقد تحققت للصغر والمانع وهو قصور الشفقة قد انتفى لان الشفقة في الاب والجد متوفرة
واذا وجد المقتضي وانتفى المانع يجب تحقق الحكم ولا نم حصول الرأي للصغيرة بسبب الممارسة
لان الرأي والعلم بلذة الجماع انما يحدث بمباشرة عن شهوة ولا شهوة لها واذا لم يكن الثيابة
سببا لحدوث الرأي لا يصلح مدارا واما الصغر فانه سبب للحاجة للعجز عن التصرف بنفسه
فجاز ان يكون مدارا فكلما ثبت الصغر ثبتت الولاية ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم يعني من
الخلاف الولي في قوله ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي قوله عليه السلام النكاح الى العصبات
الصغير

من غير فصل وقوله والترتيب في العصبات ظاهر وقوله اعتبارا بالاب والجد بجامع داعية القرابة ولها
ان قرابة الاخ ناقصة فختص الاخ ليعلم به حكم سائر الاولياء بالطريق الاولى لانه اقرب الاولياء بعد الجد
وقوله فيتطرق الخلل الى المقاصد عسى يعني ان ما وراء الكفاءة والمهر مقاصد اخرى في النكاح من سوء
الخلق وحسنه ولطافة العشرة وغلظها وكرم الصحبة ولومها وتوسيع النفقة وتقتيرها وهذه
المقاصد اهم من الكفاءة ولا يوقف عليها الا بجد بليغ ونظر صائب فلنقصان قرابته وقصور شفقته
ربما لا يحسن النظر فيتوهم الخلل فيها فيتدارك بخيار الادراك وقوله والاطلاق الجواب في غير الاب
والجد يتناول الام والقاضي يعني في اثبات الخيار عند البلوغ واراد بالاطلاق قوله فان زوجها غير
الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار وقوله هو الصحيح احتراز عما روى خالد بن صبيح المروزي
عن ابي حنيفة رح انه لا يثبت الخيار لليتيمة اذا زوجها القاضي لان له الولاية في المال والنفس فكان
في قوة ولاية الاب والجد ووجه الصحيح ما ذكره في الكتاب بقوله لقصور الرأي في احدهما يعني الام
ونقصان الشفقة في الآخر يعني القاضي لا يقال ان ولاية القاضي متأخرة عن ولاية الاخ والعم فاذا
ثبت لهما الخيار في تزويجهما ففي تزويج القاضي اولى وقوله ويشترط فيه اي في فسخ النكاح بخيار البلوغ
القضاء لان الفسخ ههنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل بسبب قصور شفقة المزوج ولهذا اي لتمكن
الخلل يشمل الفسخ الذكر والانثى لان قصور الشفقة كما هو في حق الجارية ممكن كذلك في حق الغلام و
اذا كان الضرر خفيا لا يطلع عليه لان فرض المسئلة فيما اذا كان الزوج كفوا والمهر تاما فربما يكون
الزوج فيحتاج الى القضاء للالزام واما خيار العتق فلدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها فان الزوج
قبل عتقها كان يملك عليها بطلقتين ويملك مراجعتها في قرئين ثم ازداد ذلك بالعتق وهو امر جلي
ليس للانكار فيه مجال حتى يحتاج الى الالزام لكن لها ان تدفع ذلك عن نفسها وذلك مع بقاء اصل النكاح
غير ممكن لانه بعد العتق يستلزمها ووجود الملزوم بدون وجود اللازم محال فكان لها ان تدفع اصل
الملك في ضمن ما لها من دفع الزيادة واعترض بان دفعها ما عليها من الزيادة يبطل ما كان ثابتا من
حق الزوج المستتبع للزيادة وفي ذلك جعل التابع متبوعا وهو عكس المعقول ونقض الاصول واجيب
بان هذا ليس بجعل التابع متبوعا وانما هو من باب الزام الضرر المرضي فان الزوج حين تزوج الامة
عالما بخيار العتق التزم الضرر الذي يحصل به والضرر المرضي غير زائد بخلاف الامة فانها لم ترض
بما يزيد عليها من الملك عند العتق لعدم اختيارها في النكاح فلم يكن ضررها برضى فكان زائدا واذا
اجتمع الضرر الزائد وغير الزائد يدفع الزائد دون غيره وقوله ثم عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله خصهما بالذكر لان مذهب ابي يوسف رح لا يرد ههنا لانه لا يرى خيار البلوغ وان كان المزوج
غير الاب والجد وحاصل ما ذكره ههنا امور يقع بها الفرق بين خيار البلوغ والعتق وذكر في الكافي ان

وهي زيادة الملك والرجل يملك
على الحرة ثلث تطليقات وقبله
يملك اثنتان لان طلاق الامة
اثنتان

ان خيار البلوغ في الفرقة يحتاج الى القضاء دون خيار العتق والثاني ان خيار البلوغ
يثبت للغلام والجارية وخيار العتق يثبت للجارية فقط وقد ذكرناهما والثالث ان الصغيرة
اذا بلغت وقد علمت بالنكاح فسكتت بطل خيارها سواء كانت عالمة بان لها الخيار
او لم تكن اما اذا كانت عالمة فظاهر واما اذا لم تكن فلانها لم تعذر بالجهل بالخيار لانها تتفرغ
لمعرفة احكام الشرع والدار دار العلم بخلاف ما اذا لم تكن عالمة بالنكاح فسكتت فانها على
خيارها لانها لا يتمكن من التصرف الا به والولي ينفرد بالنكاح فكانت معذورة في الجهل
واما المعتقة فانها معذورة في الجهل سواء كانت جاهلة بالعتق او بثبوت الخيار لها
اما الاول فلان المولى ينفرد به واما الثاني فلان الامة لاشتغالها بالخدمة لا يتفرغ
لمعرفة احكام الشرع فكانت معذورة في الجهل وقوله ثم خيار البكر تفريع على خيار البلوغ
الشامل للذكر والانثى وتقريره ان من له خيار البلوغ اذا كان غلاما فبلغ لم يبطل خياره ما لم يقل
رضيت او يجيء منه بالجزم ما يعلم انه رضا وان كانت جارية وقد دخل بها الزوج قبل البلوغ
١٤ فكذلك وان كانت بكرا ابطل خيارها بالسكوت اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح فان
الصغيرة البكر اذا ادركت واستأمرت بالنكاح فسكتت عند ابتداء العقد كان سكوتها
رضا فكذلك اذا كان لها الخيار فادركت وسكتت كان سكوتها رضا فيبطل خيارها والغلام والجارية
الثيب اذا استأمرا عند ابتداء عقد النكاح لم يكن سكوتهما رضا بل لا بد من الرضا صريحا او دلالة
فكذلك عند خيار البلوغ لم يكن السكوت منهما رضى بل لا بد من ذلك وقوله وخيار البلوغ تفريع آخر
على خيار البلوغ ويتضمن الوجه الرابع والخامس من الفرق بين خيار البلوغ وخيار العتق وتقريره
خيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس يعني مجلس بلوغها بان رأت الدم وقد كان بلغها خبر النكاح
فسكتت او مجلس بلوغ الخبر بالنكاح فسكتت بل يبطل بمجرد السكوت في الوجهين جميعا واما خيار الثيب
والغلام فلا يبطل بالقيام عن المجلس بل يمتد الى ما وراء المجلس وقوله لانه ما ثبت دليل عدم البطلان
في حق الثيب خاصة وتقريره خيار بلوغهما لم يثبت باثبات الزوج وهو الغلام وتقديره خيار البلوغ
ثبت بعدم الرضا لتوهم الخلل وما ثبت بعدم الرضا يبطل بالرضا لوجود منافيه فان الشيء لا يثبت مع
منافيه غير ان سكوت البكر رضا دون سكوت الغلام فيبطل خيارها بمجرد السكوت ويمتد خياره الى
ما وراء المجلس فانظر الى هذا الادراج في ضمن الايجاز الذي هو قريب الى حد الاعجاز جزاه الله عن المحصلين
خيرا وقوله بخلاف خيار العتق للفرق بينه وبين خيار البلوغ وهو الوجه الرابع وتقريره خيار العتق
ثبت باثبات غيره وهو المولى لانه لو لم يعتق لما ثبت لها الخيار وكل خيار ثبت باثبات غيره اقتصر
على المجلس كما في خيار المخيرة فيكون القيام دليل الاعراض وبيان تضمن هذا الوجه للوجه الخامس انه اشار الى

قوله ما لم ثبت باثبات الزوج لا
يقتصر على المجلس فان التفويض هو
المقتصر على المجلس لما مر وقوله
بل لتوهم الخلل دليل يشمل البكر والغلام

ذكر بقوله غير ان سكوت البكر رضا يعني والرضا يسقط خيارها البلوغ وخيار الاعتاق انما يعتبر
في المجلس ويبطل بالاعراض والسكوت ليس باعراض وهو خفي جدا وقوله ثم الفرقة بخيار
البلوغ ليس بطلاق يعني سواء كان قبل الدخول او بعده لانه يصح من الانثى ولا طلاق اليها والفاين
تظهر في شيئين احدها انها لو وقعت قبل الدخول لم يجب نصف المسمى ولو كان طلاقا لوجب
والثاني انها لو تناكحا بعد الفرقة ملك الزوج ثلث تطليقات وكذا بخيار العتق لما بينا انه يصح
من الانثى وقوله بخلاف خيار المخيرة ظاهر الى آخر المسئلة **قال** ولا ولاية لعبد ولا
صغير ولا مجنون الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة فمن لا ولاية له على نفسه فاولى ان لا
يكون له ولاية على غيره ولان هذه الولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هولاء اما الى الصبي
والمجنون فللعجز عن تحصيل الكفوء واما الى العبد فكذلك لاشتغاله بخدمة المولى ولا ولاية لكافر
على مسلم يعني الولاية الشرعية ولا معتبر بالحمية منا ولغير العصبات من الاقارب كالاخوال
والخالات والعمات ولاية التزويج عند عدم العصبات اي عصبة كانت سواء كانت عصبة يحل
النكاح بينه وبين المراة كابن العم او لم يحل كالعم ومولى العتاقة وعصبة من العصبات ثم عند
ابي حنيفة رح بعد العصبات الام ثم ذوو الارحام الاقرب فالاقرب البنت ثم بنت الابن ثم بنت
البنت ثم بنت ابن الابن ثم بنت بنت البنت ثم الاخت لاب وام ثم الاخت لاب ثم الاخ والاخت
لام ثم اولادهم ثم العمات والاخوال والخالات واولادهم على هذا الترتيب ثم مولى الموالاة ثم
السلطان ثم القاضي ومن نصبه القاضي اذا اشترط تزويج الصغار والصغيرة في عهده ومنشوره اما
اذا لم يشترط فلا ولاية له وقال محمد لا ولاية لغير العصبات وقول ابي يوسف مضطرب ذكر
مع ابي حنيفة في كتاب النكاح ومع محمد في كتاب الولاء وقوله لهما ما روينا يريد به قوله عليه السلام
النكاح الى العصبات عرف باللام في غير معهود فكان معناه هذا الجنس مفوض الى هذا الجنس فلا
يكون لغيرهم فيه مدخل ولان الولاية لصيانة القرابة عن غير الكفوء والصيانة الى العصبات ولابي حنيفة
ان هذه الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة فان
قلت هذا تعليل في مقابلة النص وهو لا يجوز اجيب بوجهين احدهما ان معنى قوله النكاح الى العصبات
اذا وجدت العصبات والثاني ان الولاية تثبت لغيرهم بطريق الدلالة باعتبار الشفقة وكمال الراي والقول
بثبوتها لذوي الارحام مع القول بعدم ولاية الانكاح غير مستحسن لاطلاق قوله تعالى واولوا الارحام
بعضهم اولى ببعض وكون التوريث مبنيا على الولاية وقوله واذا عدم الاولياء على الوجه المذكور
فالولاية الى الامام والحاكم لقوله عليه السلام السلطان ولي من لا ولي لها اما الحاكم وهو القاضي فانما
يملك الانكاح اذا كان ذلك في عهده ومنشوره كذا في فتاوى قاضي خان وقوله واذا غاب الولي الاقرب

اي العقد ا ي الكفو

قوله

النكاح

بعني كالاب غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعد منه كالجد ان يزوج وقال زفر رح ليس له ذلك وقال
الشافعي رح يزوج السلطان لزفر رح ان ولاية الاقرب قائمة لانها تثبت حقا له صيانة للقرابة عن
نسبة غير الكفوء اليها والحق الغائب لشخص لا يبطل بغيبته ولهذا لو زوجها حيث هو جاز بالاتفاق
واذا كان ولاية الاقرب في غيبته قائمة فانه لا يكون للابعد ولاية ولنا ان هذه ولاية نظرية وليس
من النظر التفويض الى من لا ينتفع برايه وكلتا المقدمتين ظاهرة فوضناه الى الابعد
وقوله وهو مقدم على السلطان اشارة الى جواب الشافعي كما اذا مات الاقرب فان الولاية لم تنتقل
الى السلطان بموت الاقرب فكذا بغيبته وقوله ولو زوجها حيث هو فيه جواب عن قول زفر رح
ولهذا لو زوجها حيث هو جاز بالمنع يعني لا نسلم جوازه وبعد التسليم نقول للابعد بعد القرابة
وقرب التدبير وللاقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فايهما عقد نفذ ولا يرد يعني
اذا حضر الاقرب وقد زوج الابعد لا يرد النكاح ثم اذا فسر الغيبة المنقطعة وهو ظاهر
وقوله وهو اختيار بعض المتاخرين منهم القاضي الامام علي السغدي والقاضي الامام ابو علي
النسفي وهو قول محمد بن مقاتل الرازي وسفيان الثوري وابي عصمة وسعد بن معاذ المروزي
وقوله لانه لا نظر في ابقاء ولايته حينئذ يعني لعدم الانتفاع به وعن هذا قال الامام قاضي خان في
الجامع الصغير حتى لو كان مختفيا في البلد لا يوقف عليه يكون غيبة منقطعة وقوله لانه اوفر
شفقة من الابن يدل على ان ولاية الاب تعم النفس والمال والابن ليس له الولاية في المال وكلاهما ان الابن
هو المقدم في العصوبة الا يرى ان الاب معه يستحق السدس بالفرضية فقط وقوله ولا معتبر بزيادة
الشفقة جواب محمد **فصل في الكفاءة** لما كانت الكفاءة معتبرة على ما تقدم ان
عدمها يمنع الجواز ويمكن الاولياء من الفسخ احتاج ان يذكرها في فصل على حدة الكفاءة بالفتح
مصدر والاسم منه الكفوء وهو النظير من كافاه اذا ساواه فهي معتبرة في النكاح قال صلى الله
عليه وسلم الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء رواه جابر رضي الله عنه ولان
انتظام المصالح بين المتكافئين عادة والنكاح شرع لانتظامها ولا تنتظم بين غير المتكافئين
لان الشريفة تابى ان تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها من جانبه بخلاف جانبها لانه
مستفرش فلا يغيظه دناءة الفراش واذا زوجت المراة نفسها من غير كفو فللاولياء ان يفرقوا
بينهما دفعا للضرر العار عن انفسهم يعني سالم يلد منه كما تقدم فان قيل الحديث يدل على عدم الجواز ففي
القول بالجواز بدونها وحق الاعتراض مخالفة له قلت جاز ان يكون نفيا وهو يقتضي المشروعية عندنا
ثم الكفاءة يعتبر في خمسة اشياء في النسب والحرية والدين والمال والصنايع اما النسب فلانه يقع
به التفاخر وكان سفيان الثوري يقول لا يعتبر الكفاءة فيه لان الناس سواسية بالحديث قال عليه

السلام

تعاق

[illegible]

الناس سواسية كاسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي انما الفضل بالتقوى وقد تايد ذلك بقوله تعالى
ان اكرمكم عند الله اتقيكم ولنا قوله عليه السلام قريش بعضهم اكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم اكفاء
لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضها اكفاء لبعض رجل برجل والمراد بالموالي العتقاء لما كانت غير عرب
في الاكثر غلبت على العجم حتى قالوا الموالي بعضها اكفاء لبعض والعرب اكفاء بعضها لبعض ولا يعتبر التفاضل
فيما بين قريش لما روينا يعني من قوله عليه السلام قريش بعضهم اكفاء لبعض قابل البعض بالبعض من غير
اعتبار الفضيلة بين قبائلهم الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم زوج ابنته عثمان رض وكان من بني عبد شمس
وانما قال في الموالي رجل برجل اشارة الى ان النسب لا يعتبر فيهم قيل لانهم ضيعوا انسابهم فلا يكون التفاخر فيهم
بالنسب بل بالدين كما اشار اليه سلمان رضي الله عنه حين افتخرت الصحابة بالانساب وانتهى الامر اليه اي
الاسلام لا اب لي سواه وقوله وعن محمد الا ان يكون نسبا مشهورا في الحرمة كاهل بيت الخلافة في بعض
لا يعتبر التفاضل فيما بين قريش الا ان يكون النسب نسبا مشهورا في الحرمة كاهل بيت الخلافة في بعض
التفاضل حتى لو تزوجت قرشية من اولاد الخلفاء قرشيا ليس من اولادهم كان للاولياء حق الاعتراض
قال المص رح كانه يعني محمدا قال ذلك تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة لا لانعدام اصل الكفاءة قوله
وبنو باهلة باهلة قبيلة من قيس غيلان وهي في الاصل اسم امراة من همدان كانت تحت معن بن اعصر بن
سعد بن قيس غيلان فنسب ولدها اليها والعرب هم الذين استوطنوا المدن والقرى الواحد عربي
والاعراب واحد الاعراب وهم اهل البدو وبنو باهلة ليسوا باكفاء لعامة العرب لانهم معروفون بالخساسة
لانهم كانوا ياكلون بقية الطعام مرة ثانية ولانهم كانوا يطبخون عظام الميتة وياخذون الدسومات
منها قال قائلهم ولا ينفع الاصل من هاشم اذا كانت النفس من باهلة وقوله واما الموالي ظاهر وقوله
كما هو مذهبه في التعريف اي في تعريف الشخص في الشهادة فان الشهود اذا ذكروا اسم الغائب واسم ابيه
يحصل به التعريف عند ابي يوسف ولا حاجة الى ذكر الجد وعندهما لا بد من ذكر الجد وقوله ومن اسلم بنفسه
لا يكون كفوا لمن له اب واحد في الاسلام نقل في النهاية عن الامام المحبوبي ان هذا في الموالي واما في
العرب فان من لا اب له في الاسلام من العرب وهو مسلم فهو كفو لمن له اباء في الاسلام لان العرب يتفاخرون
بالنسب فيعدون النسب كفوا للنسب ايضا اذا كانا مسلمين واما العجم فقد ضيعوا انسابهم ومفاخرتهم بالاسلام
فمن كان له اب في الاسلام يفتخر على من لا اب له فيه ولا يعده كفوا والكفاءة في الحرية نظيرها اي نظير
الكفاءة في الاسلام في جميع ما ذكرنا من الوفاق والخلاف فان العبد لا يكون كفوا لمن هي حرة الاصل وكذلك
المعتق لا يكون كفوا لها والمعتق ابوه لا يكون كفوا لمن لها ابوان في الحرية لان الرق اثر الكفر وفيه معنى الذل
فيعتبر في حكم الكفاءة نسبه روى عن ابي يوسف رح ان الذي اسلم بنفسه او اعتق اذا احرز من الفضائل ما يقابل
نسب الآخر كان كفوا له قال ويعتبر ايضا في الدين اي في الديانة ويعتبر ايضا الكفاءة في الديانة

الا ان يكون نسبا مشهورا قال لا يعتبر التفاضل فيما بين قريش الا ان يكون النسب نسبا

اهل البدو

وهي التقوى والحسب والصلاح وهو مكارم الاخلاق وانما فسر الدين بالديانة لان مطلق الدين الاسلام ولا كلام فيه
لان اسلام الزوج شرط جواز نكاح المسلمة انما الكلام في حق الاعتراض للاولياء بعد انعقاد العقد وذلك لا
يكون الا في الدين بمعنى الديانة وهذا اي اعتبار الكفاءة في الديانة قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لانه
اي الدين بمعنى الديانة من اعلى المفاخر والمراة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة النسب معتبرا فيما كانت
الديانة اولى بالاعتبار وقوله وابو يوسف معه وهو الصحيح اي قال ان قول ابي يوسف مع ابي حنيفة حتى يكون
الكفاءة في الدين قولهما جميعا هو الصحيح واحترز بذلك عن رواية اخرى عن ابي يوسف انه لم يعتبر الكفاءة في
الدين حيث قال اذا كان الفاسق ذا مروة يكون كفوا وقالوا في شرح الجامع الصغير اراد به اعوان
السلطان اذا كانوا بحيث يكون لهم مهابة عند الناس وقال محمد لا يعتبر الكفاءة في الديانة لانه من
امور الآخرة فلا يبتنى عليه احكام الدنيا الا اذا كان يصفع اي يضرب على قفاه بعرض الكف ويسخر منه او
يخرج الى الاسواق سكران فيلعب به الصبيان فانه لا يكون حينئذ كفوا للامراة صالحة من اهل
البيوتات قيل وعليه الفتوى لانه مستخف به اي بذلك الصنع ويعتبر الكفاءة في المال وهو ان يكون
مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية عن علمائنا حتى ان من لا يملكهما او يملك احدهما لا
يكون كفوا اما المهر فلانه بدل البضع فلا بد من ايفائه واما النفقة فلان قوام الازدواج ودوامه بها و
المراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لان ما وراءه مؤجل عرفا ليس يطالب به فلا يسقط الكفاءة وقوله
وعن ابي يوسف فهو غير ظاهر الرواية روى الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف انه قال الكفو هو الذي يقدر على
المهر والنفقة قلت فان كان يملك المهر دون النفقة قال ليس بكفو قلت فان ملك النفقة دون المهر قال
يكون كفوا قال الصدر الشهيد في تعليله لان المهر يجري فيه التسهيل والتاجيل ويعد قادرا على المهر بيسار
ابيه وامه وجده وجدته ولا يعد قادرا على النفقة بيسارها لان الآباء في العادات يتحملون المهور عن
الاولاد دون النفقة الدارة وقوله فاما الكفاءة في الغنى فمعتبرة في ظاهر وقوله وعن ابي حنيفة رح
في ذلك روايتان في رواية لا يعتبر وهو الظاهر حتى يكون البيطار كفوا للعطار وفي رواية قال الموالي بعضهم
اكفاء لبعض الا الحائك والحجام وعن ابي يوسف انه لا يعتبر الا ان يفحش كالحجام والحائك والدباغ و
وجه الروايتين ما ذكر في الكتاب وهو واضح قال واذا تزوجت ونقصت عن مهر مثلها اذا تزوجت
المراة ونقصت عن مهر مثلها فللاولياء الاعتراض عليها عند ابي حنيفة رض حتى يتم لها مهر مثلها او يفارقها
وقالا ليس لهم ذلك قال المص وهذا الوضع اي وضع القدوري هذه المسئلة في هذا الوجه انما يصح على قول
محمد على اعتبار قوله المرجوع اليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه فانه لو لم يصح
بغير الولي لم يقل ليس لهم الاعتراض وآخر هذا انما يستقيم ان لو تبين هذا الوضع في النكاح بغير ولي
وليس كذلك فانه لو اذن لها الولي بالتزوج ولم يسم مهرا فعقدت على هذا الوجه صح وضع المسئلة على قول محمد الاول

ما ذكر في الكتاب واضح وقوله
فلم يكن في هذا الوضع دلالة على رجوع محمد الى قولهما والوجه من الجانبين على ما ذكر في الكتاب واضح
فاشبه الكفاءة يعني في تغيير الاولياء بكل واحد منهما واعترض بان الشرع قد ندبنا الى رخص الصداق
دون تدارك الكفاءة وكذلك النبي عليه السلام لم يضع بناته في غير الاكفاء وزوجهن بادني الصداق بانه
ما زاد على اربع اواقٍ ونش اي نصف اوقية ومهورهن كانت فوق مهور ساير النساء لان الزيادة بقدر
الشرف ولم يزل الشرف كان بقدر الشرف فلا مشابهة بينهما والجواب ان وجه التشبيه ما ذكرنا من تغيير الاولياء
وهو وصف مؤثر في الباب واما ان لا يكون بين المشبه والمشبه به فرق بوجه من الوجوه فلم يشترط احد
من ذوي التحصيل وقوله بخلاف الابراء بعد التسمية جواب عن قولهما كما بعد التسمية وذلك لان الاولياء
لا يشتغلون بالتيفاء المهور عادة وربما يعدونه ضربا من اللؤم في العادات وقوله واذا زوج
الاب ابنته الصغيرة ظاهر وقوله ومعنى هذا الكلام انه لا يجوز العقد بيانه ان هذا الكلام وهو قوله
وقالا لا يجوز عند على الحط والزيادة الا بما يتغابن الناس فيه بظاهره يدل على ان العقد صحيح والزيادة
والنقصان لا يجوز لان المانع من قبل التسمية وفساده لا يمنع صحة النكاح كما لو تركها اصلا او تزوج
على خمر او خنزير وهو قول بعض مشايخنا وقال آخرون معناه ان نفس النكاح لا يجوز وهو مختار
شمس الائمة السرخسي وفخر الاسلام والمص رحمهم الله لان الولاية مقيدة بشرط النظر ولا نظر فيما اذا
حط عن مهرها او زاد على مهره فيكون العقد باطلا كما اذا باع الاب باقل من القيمة بغبن فاحش
او اشترى باكثر منها بذلك ولهذا لا يملك ذلك غيرهما ولابي حنيفة رح ان الحكم يدار على دليل النظر لقرب
النظر والضرر في هذا العقد باطنا لكن للنظر دليل يدل عليه وهو قرب القرابة الداعية اليه وهي موجودة
هنا فيترتب الحكم وهو جواز النكاح عليه وانما قلنا بان النظر والضرر في هذا العقد باطنان لان
المقصود منه ليس حصول المال البتة بل فيه مقاصد تربو على المهر من الكمالات المطلوبة في الاختان والقرابة
فيجوز ان يكون نظر الاب في الحط والزيادة الى ذلك ويجوز ان لا يكون وكان النظر والضرر باطنين
فادير الحكم على الدليل بخلاف البيع فان المالية هي المقصودة في التصرفات المالية فلم يكن في مقابلتها شيء يجبر
حال الغبن الفاحش حتى يتبع العقد دليل النظر والضرر واما في غير الاب فالدليل الدال على النظر معدوم وقوله

فصل في الوكالة في النكاح وغيرها

ومن زوج ابنته نظير تلك المسئلة في التزويج بضرر ظاهر وكلامه ظاهر فصل في الوكالة في النكاح و
غيرها لما كانت الوكالة نوعا من الولاية من حيث ان تصرف الوكيل ينفذ على الموكل كتصرف الولي على المولى عليه
ناسب ان يذكرها في باب الاولياء في فصل على حدة وقوله وغيرها يعني غير الوكالة كنكاح الفضولي وقوله
ويجوز لابن العم صورته وتحرير المذاهب فيه ظاهر وقد جمع بين دليل زفر والشافعي رحمهما الله لانه تركهما
في معنى وهو ان الواحد لا يكون مملكا ومتملكا لشيء واحد في زمان واحد واستثنى الشافعي الولي لان مذهبه
فيه كمذهب علمائنا الثلثة رحمهم الله وبناه على الضرورة ولنا ان الوكيل في النكاح سفير ومعبر وكل من

هو كذلك لا يمتنع ان يكون مملكا ومتملكا لانه لا تمانع في التعبير بان يقول تزوجت بنت عمي فلانة على صداق
كذا وانما التمانع في الحقوق كالتسليم والتسلم والايفاء والاستيفاء وهي لا ترجع اليه لانه سفير لا مباشر
بخلاف البيع لانه مباشر حتى رجعت الحقوق اليه واذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين اي شطري
الايجاب والقبول لان الواحد لما قام مقام الاثنين قامت عبارته الواحدة ايضا مقام عبارتين فلا يحتاج
الى القبول وقوله وتزويج العبد والامة ظاهر وقوله وله مجيز اي قابل يقبل الايجاب سواء كان فضوليا
اخر او وكيلا او اصيلا وقوله لان العقد وضع لحكمه بناء على ان المقاصد الاصلية هو الحكم والاسباب
والعلل وسائل اليه والفضولي لا يقدر على اثبات الحكم والاجازة للناس تمليك اموال الناس للناس وفيه من
الفساد ما لا يخفى واذا لم يكن قادرا كان كلامه لغوا ولنا ان ركن التصرف وهو قوله زوجت وتزوجت
صدر من اهله وهو الحر العاقل البالغ مضافا الى محله وهو الانثى من بنات آدم عليه السلام وليست من
المحرمات ولا ضرر في انعقاده لكونه غير لازم موقوفا على الاجازة فينعقد موقوفا فان راى فيه مصلحة نفذه
والا ابطله وقوله وقد يتراخى حكم العقد جواب عن قوله لان العقد وضع لحكمه وتقريره القول بالموجب يعني
سلمنا ذلك لكن الحكم ههنا لم يعدم بل تاخر الى الاجازة والحكم قد يتراخى عن العقد كما في البيع بشرط الخيار فان لزومه
متراخ الى سقوط الخيار وقوله ومن قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة ظاهر والفرق بين المسئلتين
ان الاولى لا مجيز لها فلا يتوقف والثانية لها مجيز فيتوقف لما تقدم ان شرط التوقف وجود المجيز
وقوله وهذا اي مجموع ما ذكر قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح اذا زوجت نفسها
فبلغه يعني بغير محضرها فاجازه جاز وقوله وحاصل ذلك قال الامام المحبوبي ههنا ست مسائل ثلث
منها تتوقف على الاجازة بلا خلاف احدها ان الفضولي اذا قال زوجت فلانة من فلان وقبل عنه فضولي
آخر او قال الرجل تزوجت فلانة وهي غايبة فاجابه فضولي وقال زوجتها منك او قالت المرأة
زوجت نفسي من فلان الغايب وقبل عن فلان فضولي توقف العقد على الاجازة في هذه الفصول
الثلثة بالاتفاق لانه عقد جرى بين اثنين فيكون تاما موقوفا على الاجازة وفي ثلث منها اختلاف
احدها ما ذكر اولا وهو قوله ومن قال اشهدوا اني تزوجت فلانة والثانية ان تقول المرأة زوجت
نفسي من فلان وفلان غايب ولم يقبل عنه آخر والثالثة ان يقول الفضولي زوجت فلانة من فلان
وهما غايبان ولم يقبل احد ففي قولهما لا يتوقف العقد على اجازة الغايب وهو قول ابي يوسف اولا و
على قوله آخرا يتوقف وهو يقول في الفضولي من الجانبين لو كان مامورا من الجانبين نفذ فاذا كان فضوليا
توقف لان كلام الواحد عقد تام في النكاح باعتبار الاذن ابتداء فكذا باعتبار الاجازة انتهاء
لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة كما في الخلع والطلاق والاعتاق على مال فان الزوج اذا قال
خالعت امرأتي على كذا وهي غايبة فبلغها الخبر فقبلت في مجلس علمها جاز بالاتفاق وكذلك الطلاق و

الاعتاق على مال والجامع احتياج الكل الى الايجاب والقبول ولهما ان الموجود شطر العقد لانه شطر
حالة الحضرة حتى ملك الرجوع قبل قبول الآخر وبطل بالقيام قبل قبول الآخر ولو كان عقدا تاما لم
يكن كذلك فكذا عند الغيبة لان الدال على ذلك المعنى هو الصيغة وهي لم تختلف وشطر العقد لا يتوقف
على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف المامور من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى العاقدين فيصير كلاما
وما جرى بين الفضوليين عقد تام لوجود الايجاب والقبول فيتوقف وكذا الخلع واخواته اي الطلاق
على مال والاعتاق عليه لانه تصرف يمين من جانبه ولهذا كان لازما لا يقبل الرجوع واليمين تتم بالحالف
فكان عقدا تاما واما قال من جانبها لان الخلع من جانبها معاوضة على ما يجيء وقوله ومن امر رجلا ان
يزوج امراة فزوجه اثنتين فلا يخلو اما ان يكون التوكيل بامراة معينة او غيرها والثاني مسئلة
الكتاب وهو على ما ذكره واضح وكان ابو يوسف يقول اولا يصح نكاح احديهما بغير عينها والبيان الى
الزوج لان المامور ممتثل امره في احديهما ولا يبعد ان تكون احديهما بغير عينها منكوحة كما طلق احدى
امرأتيه ثلثا بغير عينها قال شمس الائمة السرخسي وهذا ضعيف لانه ليس كالطلاق لاحتماله التعليق
بالشرط دون النكاح وما لا يحتمل التعليق بالشرط لا يثبت في المجهول لانه تعليق بالبيان بخلاف الطلاق
وفي الاول وهو ان امره ان يزوجه فلانة فزوجها واخرى معها في عقد واحد جاز نكاح فلانة للآمر به
وتوقف نكاح الاخرى على الاجازة لانه فضولي فيها وقوله ومن امره امير قيده بالامير وحكم غيره
كذلك قال الامام المحبوبي وعلى هذا الخلاف اذا لم يكن اميرا فزوجه الوكيل امة او حرة عمياء او مقطوعة
اليدين او رتقاء او مفلوجة او مجنونة اما اتفاقا واما لما قيل فيه بذلك ليظهر الكفاءة فانها من جانب
النساء للرجال مستحسنة في الوكالة عندهما وقيد بقوله امة لغيره لانه لو زوجه امة نفسه لا يجوز بالاتفاق
لمكان التهمة واشار اليه في الدليل بقوله وعدم التهمة واما اطلاق اللفظ فان لفظ امراة مطلقا يقع
على الحرة والامة كما اذا حلف لا يتزوج امراة يقع على الحرة والامة جميعا وقوله وهو التزوج
بالاكفاء قال الكشاني دلت المسئلة على ان الكفاءة تعتبر في النساء للرجال ايضا عندهما وكذا ذكر
في الاصل قلنا العرف مشترك يعني كما هو مستعمل فيما قلتم مستعمل فيما قلنا فان الاشراف كما يتزوجون
الحراير يتزوجون الاماء للتسهيل او هو عرف عملي اي عرف من حيث العمل والاستعمال لا من حيث اللفظ
وبيانه ان العرف على نوعين لفظي نحو الدابة تقيد لفظا بالفرس ونحو المال بين العرب بالابل وعملي
اي العرف من حيث العمل اي من حيث ان عمل الناس كذا كلبس الجديد يوم العيد وامثاله فلا يصلح
مقيدا لاطلاق اللفظ لان اطلاق اللفظ تصرف لفظي والتقييد يقابله ومن شرط التقابل اتحاد المحل الذي
يردان عليه وقوله وذكر محمد في وكالة الاصل اشارة الى ما ذكرنا من استحسان الكفاءة عندهما في
الوكالة لما ذكره في الكتاب وهو واضح باب المهر لما ذكر ركن النكاح وشرطه شرع

في بيان المهر لانه حكمه فان مهر المثل يجب بالعقد فكان حكما له والمهر هو المال يجب في عقد
النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع اما بالتسمية او بالعقد وله اسام المهر و
الصداق والنحلة والاجر والفريضة والعقر لا خلاف لاحد في صحة النكاح بلا تسمية المهر قال
الله تعالى فانكحوا والنكاح لغة لا ينبيء الا عن الانضمام والازدواج فيتم بالمتناكحين فلو
شرطنا التسمية فيه زدنا على النص فان قيل المهر واجب شرعا فكيف يصح النكاح مع السكوت
عنه اجاب بقوله ثم المهر واجب شرعا يعني ان وجوبه ليس لصحة النكاح وانما هو لابانة شرف
المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح فان قيل هذا دعوى فلا بد لها من دليل قلت دل عليه
قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة حكم بصحة الطلاق
مع عدم التسمية ولا يكون الطلاق الا في النكاح الصحيح فعلم ان ترك ذكره لا يمنع صحة النكاح
وكذا اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها لما بينا ان النكاح عقد انضمام فيتم بالزوجين وقوله وفيه
اي فيما اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها خلاف مالك يعني انه لا يجوزه قال لانه عقد معاوضة
ملك متعة بملك مهر فيفسد بشرط نفي عوض كالبيع بشرط ان لا ثمن ويحتاج الى الفرق بين ترك
التسمية وشرط ان لا يكون مهرا والقياس على البيع يقتضي شمول العدم وفرق بينهما بحديث ابن
مسعود رضي الله عنه في المتعة كما سيجيء قلنا دلالة حديث ابن مسعود على جواز ان ينفي المهر
كدلالته على جواز ترك ذكره لان ما يكون عوضا يشترط ذكره في العقد لا يختلف الحال بين ترك ذكره
ونفيه كالبيع واقل المهر عشرة دراهم وقال الشافعي رح ما يجوز ان يكون ثمنا في البيع لانه حقنا
شرعه الله تعالى لها صيانة لبضعها عن الابتذال مجانا فيكون التقدير اليها ولنا قوله عليه السلام
ولا مهر اقل من عشرة انما ذكره بالواو لكونه معطوفا على ما قبله في الحديث وهو ما روى جابر رضي الله عنه
ان النبي عليه السلام قال لا قطع في اقل من عشرة دراهم ولا مهر اقل من عشرة دراهم وفيه بحث من
اوجه الاول انه خبر واحد فلا يجوز تقييدا طلاق قوله تعالى ان تبتغوا باموالكم به لانه نسخ الثاني انه
معارض بقوله عليه السلام بما روي ان عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه جاء الى النبي عليه السلام وبه اثر
صفرة فاخبره انه تزوج فقال عليه السلام كم سقت اليها فقال زنة نواة من ذهب فقال عليه السلام اولم
ولو بشاة رواه الجماعة والنواة خمسة دراهم عند الاكثر وقيل ثلثة دراهم وثلث وبما روي ان
امراة قامت وقالت وهبت نفسي منك يا رسول الله فقال عليه السلام لا حاجة لنا اليوم بالنساء فقال
رجل لي حاجة زوجنيها يا رسول الله فقال عليه السلام هل عندك شيء تصدقها فقال ما عندي الا ازاري
فقال عليه السلام لا فالتمس شيئا ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيئا فقال عليه السلام هل معك شيء من
القرآن قال نعم سورة كذا وكذا فقال عليه السلام زوجتكها بما معك من القرآن الثالث ان هذا الحديث متروك

العمل في حق الاولياء فيكون في حق المهر كذلك لانه ان كان صحيحا وجب العمل به على الاطلاق و
ان لم يكن صحيحا وجب ترك العمل به كذلك واما العمل ببعض دون بعض فتحكم محض والجواب عن
الاول ان التقييد ثبت باشارة قوله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم لان الفرض ينبئ
التقدير فكان المراد باموالكم في قوله تعالى ان تبتغوا باموالكم مالا مقدرا وبين الحديث مقدارا
وهذا لان كل مال اوجبه الشرع تولى بيان مقداره كالزكوة والكفارات وغيرها فكذلك المهر و
عن الثاني بان الاحاديث تدل على ما يعجل بالسوق اليها اما في حديث عبد الرحمن فلانه مصرح به و
اما في الحديث الآخر فلانه امر ذلك الرجل بما لا تلبس وذلك غير مقدر عندنا وليس كلامنا فيه وانما
كلامنا في الذي يثبت في الذمة وعن الثالث بما ذكرنا ان عائشة رضي الله عنها علمت بخلافه ولولم
تعرف نسخها ما فعلت ذلك فقام دليل النسخ في الاولياء دون غيرها ولا يلزم من ترك العمل بالذي
قام عليه دليل النسخ تركه بما لم يقم ولا التحكم وقوله ولانه حق الشرع اي المهر حق الشرع من حيث
وجوبه علا لقوله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم على ما عرف في الاصول وكان ذلك لا
ظهار شرف المحل فيتقدر بماله خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة لانه يتلف به عضو
محترم فلأن يتلف به منافع بضعها كان اولى ولو سمى اقل من عشرة فلها العشرة عندنا و
قال زفر رح مهر المثل لان تسمية ما لا يصلح مهرا كالانعدام كما في تسمية الخمر والخنزير وهو القياس
ووجه الاستحسان ان فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة اما باعتبار
ان العشرة في كونها صداقا لا يتجزى وذكر بعضها لا يتجزى كذكر كله كما لو اضاف النكاح الى
نصفها صح في جميعها واما حقها وهو ما زاد على العشرة فقد رضيت بسقوطه لان الرضا بما دون
العشرة رضا بالعشرة واما باعتبار انها برضاها بما دون العشرة اسقطت حقها وحق
الشرع على ما قررنا فما كان حقها فقد سقط لولايتها على نفسها وما كان حق الشرع فلم يسقط
لعدم الولاية عليه وقوله ولا يعتبر بانعدام التسمية جواب عن قوله كالانعدام يعني ليس هذا
القياس صحيحا لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما ولا ترضى فيه بالعوض اليسير فلا يكون
عدم التسمية دليلا على الرضا بالعشرة فلذلك لا يجب العشرة وانما يجب مهر المثل بخلاف الرضا
دون العشرة فانه رضا بها لا محالة ولو طلقها قبل الدخول بها وجب خمسة عندهم ووجب المتعة
عنده كما اذا لم يسم شيئا وقوله ومن سمى مهرا عشرة اعلم ان المهر بعد وجوبه بالتسمية او بنفس
العقد يتقرر باحد الامرين بالدخول وما قام به من الخلوة الصحيحة وبالموت اما الدخول فلانه
يتحقق به تسليم المبدل وهو البضع وبه اي بتسليم المبدل يتأكد تسليم البدل وهو المهر كما في
تسليم المبيع في باب البيع يتأكد به وجوب تسليم الثمن على المشتري وكذلك وجوب المهر كان على

فان وجوب الثمن

فان وجوب الثمن قبل ذلك لم يكن متأكدا لكونه على عرضية ان يهلك المبيع في يد البائع وينفسخ العقد
وبالتسليم يتأكد وجوب الثمن على المشتري وكذلك وجوب المهر كان على عرضية ان يسقط بتقبيل ابن
الزوج او بالارتداد والعياذ بالله وبالدخول تأكد واما الموت فلان النكاح ينتهي به نهايته
حيث لم يبق قابلا للرفع والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكد فيجب ان يتقرر بجميع مواجبه الممكن
تقريرها لوجود المقتضي وانتفاء المانع كالارث والعدة والمهر والنسب وقلنا مواجبه الممكن
تقريرها احترازا عن النفقة وحل التزوج بعد انقضاء العدة فان النفقة لا تجب بعد الموت
ويحل لها التزوج بعد انقضائها ولم يحل وقت النكاح واما الذي يقوم مقام وهو الخلوة الصحيحة
ويعلم حكمه من قوله وان طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن
من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم وهو نص صريح في الباب فيجب
العمل به وقوله والاقيسة متعارضة جواب عما يقال ينبغي ان يسقط الكل لان بالطلاق قبل
الدخول يعود المعقود عليه سالما اليها فيجب ان يسقط كل البدل كما اذا تبايعا ثم تقايلا ووجهه
ان الاقيسة متعارضة فقياس يقتضي ذلك كما ذكرت وقياس آخر يقتضي وجوب كل البدل لانه فوت
ما ملكه باختياره وذلك يقتضي وجوب كل المهر كالمشتري اذا اتلف المبيع قبل القبض واذا تعارض
القياسان وجب المصير الى النص وفيه بحث من اوجه الاول ان القياس الواحد لا وجود له على مخالفة
النص فضلا عن الاقيسة والثاني ان التعارض اذا ثبت بين الحجتين كان المصير الى ما بعدهما لا
الى ما قبلهما والثالث ان القياسين لا يتعارضان ولو ثبت التعارض صورة لم يتركا بل يعمل المجتهد
بايهما شاء واجيب عن الاول بان ذكر معارضة القياسين ههنا ليس لاثبات الحكم بهما او باحدهما
بل لبيان ان العمل بهما غير ممكن لتعارضهما او لمخالفة كل منهما النص كانه قال فوجب العمل علينا
بظاهر النص من غير رجوع الى القياس والمعقول فانا لو خلينا ومجرد القياس وعملنا به
على وجه الفرض والتقدير وان لم يكن وقت العمل بالقياس من غير نظر الى النص لزم ترك احد
القياسين فتركناهما جميعا وعملنا بالنص وبهذا خرج الجواب عن السؤالين الاخيرين فانه
لما لم يكن المعارضة على حقيقتها بل هو قول على سبيل الفرض والتقدير لا يرد ما يرد في التعارض
هذا احسن ما وجدته في الاعتذار في هذا البحث وهو كما ترى وقوله وشرط ان تكون قبل الخلوة
قد ظهر معناه مما تقدم قال وان تزوجها ولم يسم لها مهرا المفوضة والتي شرط في
نكاحها ان لا مهر لها فلها مهر المثل ان دخل بها الزوج او مات عنها وكذا اذا ماتت وقال
الشافعي رح لا يجب شيء في الموت واكثر اصحابه على انه يجب في الدخول له ان المهر خالص
حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء ولنا ان المهر وجوبا حق الشرع

كما مر وانما يصير حقا بحالة البقاء فيملكه لا ابراء دون النفي لان الاصل ان يلاقي التصرف ما تملكه دون
ما لا يملكه ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر
قدره ووجه الاستدلال ان الله تعالى قال لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا
لهن فريضة ومتعوهن والفريضة هي المهر اي لا جناح عليكم في الطلاق في الوقت الذي لم يحصل المساس
وفرض الفريضة وامر بالمتعة مطلقا وهو على الوجوب وقال حقا وذلك يقتضيه ايضا وذكر بكلمة على
فهذه المتعة واجبة عندنا رجوعا الى الامر وغيره وفيه خلاف مالك رح فانها عنده مستحبة في جميع الصور
لان الله تعالى سماها احسانا بقوله تعالى حقا على المحسنين واجيب بان ذلك مصروف الى التي لها مهر او
نصف مهر لئلا يعارض الامر وفيه نظر لان متاعا مصدر مؤكد لقوله متعوا والمراد به هذه المتعة
الواجبة فكيف يصرف الى المستحب والاولى ان يقال الامر وكلمة على في على الموسع قدره وعلى المقتر قدره
ومتاعا وحقا وكلمة على في قوله على المحسنين كلها يقتضي الوجوب وتاكيده فاما ان يبطل ذلك كله لاجل
لفظ الاحسان او تاويله [illegible] يعدل عن التاويل فتأول بان معناه على المحسنين الذين يتمون
الواجب ويزيدون على ذلك احسانا منهم والله اعلم والمتعة ثلثة اثواب من كسوة مثلها درع و
خمار وملحفة فان كانت من السفلة فمن الكرباس وان كانت وسطا فمن القز وان كانت مرتفعة فالا
فمن الابريسم وهذا التقدير اي تقديرا لعدد مروي عن عائشة وابن عباس رضي الله عنهم وذلك لان المرأة
تصلي في ثلثة اثواب وتخرج فيها عادة فتكون متعتها ذلك وقوله لقيامها مقام مهر المثل قال في
النهاية كان من حقه ان يقول لقيامها مقام نصف مهر المثل لان المهر التام لم يجب في صورة من الصور اذا
طلقت قبل الوطي الدخول ولكن مراده الحاق المتعة بنفس مهر المثل في اعتبار حالها من غير نظر الى تمام
مهر المثل ونصفه وفي مهر المثل المعتبر حالها وكذا فيما قام مقامه وقوله والصحيح انه يعتبر حاله هو
اختيار ابي بكر الرازي عملا بالنص وهو قوله وعلى الموسع قدره اي على الغني بقدر حاله وعلى المقتر اي
على الفقير المقل بقدر حاله ثم المتعة اما ان تكون زائدة على نصف مهر المثل او لا فان كانت زائدة فلها
نصف مهر المثل هو العوض الاصلي ولكن تعذر تنصيفه لجهالته فيصار الى الخلف وهو المتعة فلا يزاد على
نصف مهر المثل وان لم يكن فاما ان تكون مساوية له او لا فان كانت مساوية فلها المتعة اتباعا للنص
وان لم تكن فاما ان تكون اقل من خمسة دراهم او لا فان كانت فلها الخمسة لان المهر هو الاصل والمتعة
خلف ولا مهر اقل من عشرة دراهم فلا متعة اقل من خمسة وان لم يكن فلها المتعة بالنص فان قيل
نص المتعة مطلق عن هذه التفاصيل وفيما تقيد له وهو نسخ فالجواب ان قوله تعالى قد علمنا ما فرضنا
عليهم في ازواجهم دل على ان المهر مقدر شرعا والايجاب بالتسمية في مهور من يعتبر بمهرها مهر
المثل بيان لذلك المقدر المجمل وكذلك قوله عليه السلام ولا مهر اقل من عشرة دراهم وكان معارضا لاية المتعة

وان كانت وسطا

والتفصيل

والتفصيل على الوجه المذكور توفيق بينهما فتأمل ان كان القواعد الاصولية على ذكر منك وان تزوجها
ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسمية فهي لها ان دخل بها او مات عنها بالاتفاق وان طلقها قبل الدخول
بها فلها المتعة وعلى قول ابي يوسف رح الاول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي رح لانه مفروض
والمفروض يتنصف بالطلاق قبل الدخول لقوله تعالى فنصف ما فرضتم ولنا ان هذا تعيين للواجب بالعقد
وهو مهر المثل اذ لو لم يكن كذلك لوجب عليه اذا دخل بها مهر المثل والمفروض جميعا اما مهر المثل فلانه
الواجب بهذا العقد ابتداء لعدم التسمية واما المفروض فبحكم التسمية فكان كما اذا سمى لها مهرا
ثم زاد لها شيئا فانهما يلزمانه على تقدير الدخول والموت لكنه يسقط مهر المثل ويلزمه المفروض فكان
تعيينا له ومهر المثل لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته والمراد بما تلا نحو قوله تعالى فنصف ما فرضتم
الفرض في العقد لانه هو المتعارف وقوله واذا زادها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة خلافا لزفر
فانه يقول الزيادة هبة مبتداة لا تلحق باصل العقد ان قبضت ملكت والا فلا ووعد المصنف
ان يذكره في زيادة الثمن والمثمن ونحن نتبعه في ذلك وقوله لان التنصيف عندهما يختص
بالمفروض في العقد يعني بناء على ما ذكرنا انه ينصرف الى المتعارف وعنده المفروض بعده كالمفروض
فيه عملا بظاهر قوله تعالى فنصف ما فرضتم من غير فصل وقوله على ما مر يعني في المسئلة المتقدمة قال
واذا خلا الزوج بامرأته هذا بيان ان الخلوة الصحيحة بمنزلة الدخول في حق لزوم كمال المهر وغيره
عندنا خلافا للشافعي رح فانه يقول لها نصف المهر لان المعقود عليه وهو منافع البضع انما يصير مستوفى
بالوطي فلا يتأكد المهر دونه لان التاكيد انما يكون بتسليم المبدل وتسليمها بالوطي ولم يوجد
ولنا انها سلمت وتقريره ان الواجب لا يكون الا مقدورا والمقدور للمرأة تسليم المبدل برفع
الموانع وقد وجد منها ذلك فيتأكد حقها في البدل كما في البيع فان التخلية فيه برفع الموانع تسليم يجب به
تسليم الثمن على المشتري واما ما ذكر ان المعقود عليه انما يصير مستوفى بالوطي فصحيح لكن ذلك التسليم
ليس في قدرة المرأة ذلك فلا يكون مكلفة بذلك وقوله وان كان احدهما مريضا بيان لما يكون
مانعا عن الخلوة حسيا كان او شرعيا وقوله وقيل مرضه حاصل ان المرض في جانبها ممنوع بلا خلاف
واما المرض من جانبه فقد قيل انه ايضا ممنوع وقيل انه غير ممنوع وانه يمنع صحة الخلوة على كل
حال وجميع انواعه في ذلك على السواء قال صدر الشهيد هو الصحيح ووجه ما قال المص رح مرض لا
يعرى عن تكسر وفتور وقوله وان كان احدهما صائما تطوعا فلها المهر كله لانه يباح له الافطار
اعترض عليه بانه ينبغي ان لا يلزمه كل المهر لانه يلزمه القضاء على تقدير الافساد فلا يكون الخلوة صحيحة
كما في قضاء رمضان واجيب بان لزوم القضاء في التطوع عندنا للضرورة صيانة المؤدى عن البطلان
والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يعدو الى فساد الخلوة بخلاف قضاء رمضان فلزوم قضائه ليس كذلك

كالنسب والنفقة والسكنى والا...

بل هو فرض مطلق فكان اثره عاما وقوله وهذا القول في المهر هو الصحيح اي الاخذ برواية المنتقى في حق كمال
المهر وفي الفطر عنها هو الصحيح واما في حق جواز الافطار فالصحيح غير رواية المنتقى وهو انه لا يباح الافطار
من غير عذر وحاصله ان الماخوذ في حق كمال المهر رواية المنتقى وفي حق جواز الافطار الرواية الاخرى
واحترز بقوله هو الصحيح عن رواية شاذة عن ابي حنيفة وهي ان صوم المتطوع يمنع صحة الخلوة لانه يمنع عن
الوطي شرعا لما فيه من ابطال العمل المؤتمر وقوله واذا خلا المجبوب هو الذي استؤصل ذكره وخصيتاه
من الجب وهو القطع اذا خلا المجبوب بامراته ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي حنيفة وقالا عليه نصف
المهر لانه اعجز من المريض لوجود آلة الجماع في المريض وقد يجامع بخلاف المجبوب فالمرض مانع عن الخلوة
فالجب اولى بخلاف العنين فان الوقوف على حقيقة العنة متعذر وسلامة الآلة وجودا سبب للوطي اذ الاصل
السلامة في الوصف ايضا فيدار الحكم عليه ولابي حنيفة رح ان المستحق عليها التسليم في حق السحق لانه
وسع مثله في هذه الحالة وقد اتت بما وجب عليها واما عدم التسلم فذاك من جهته كما تقدم وعليها العدة
في جميع هذه المسائل يعني فيما اذا كانت الخلوة صحيحة او فاسدة احتياطا استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق
الشرع فيدل عليه ان الزوجين لا يملكان اسقاطها والتداخل يجري فيها وحق العبد لا يتداخل واما انها حق
الولد فلقوله عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره والمقصود منه
رعاية نسب الولد وهو حقه فلا تصدق المرأة في ابطال حق الغير بقولها لم يطاني وقيل معناه فلا
يصدق الزوج في ابطال حقها بقوله لم اطاها بخلاف المهر فانه لا يجب بالخلوة الفاسدة لانه مال لا يحتاط في
ايجابه وقوله وذكر القدوري في شرحه اي في شرح المختصر الكرخي وكلامه واضح قال ويستحب المتعة
لكل مطلقة الا المطلقة واحدة وتستحب المتعة لكل مطلقة الا المطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول
بها وقد سمى لها مهرا وقال الشافعي رح تجب لكل مطلقة الا لهذه التركيب على هذا الوجه هو الذي وقع في النسخ
الصحيحة الموثوق بها وهو كما ترى يقتضي ان لا يكون المتعة واجبة للمفوضة الغير المدخول بها لدخولها في
قوله لكل مطلقة وهو يناقض ما تقدم من قوله ثم هذه المتعة واجبة ويقتضي ان لا يكون المتعة للمستثناة
مستحبة لانه استثناها من الاستحباب وقد صرح باستحبابها لها في المبسوط والمحيط والحصر وزاد الفقهاء
جامع الاسبيجابي ويقتضي ان لا يكون المتعة واجبة للمستثناة عند الشافعي لانه استثناها من الوجوب
وذكر في الحصر انها واجبة عنده لهذه المستثناة ايضا واذا عرفت هذا فاعلم ان معنى كلامه ويستحب المتعة
لكل مطلقة غير الذي ذكرناها من قبل الا المطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج الى آخره وهو اختيار القدوري
فانه ذكر في شرحه ان المتعة واجبة ومستحبة فالواجبة للتي طلقها قبل الدخول والتسمية والمستحبة لكل مطلقة الا
للتي طلقها قبل الدخول وقد سمى لها مهرا فقد وقع اختياره موافقا للرواية الصحيحة ومخالفا للكتب المذكورة واما
الشافعي فله في المستثناة قولان في قوله القديم تجب وهو الذي ذكره صاحب الحصر وفي الجديد لا تجب وهو الذي

الشرع والولد اما انها حق م

٢٩١

ذكره في الكتاب وهو اصح القولين فعلى هذا كانت المتعة عندنا على ثلثة اقسام واجبة ومستحبة وغير
مستحبة لان المطلقة اما ان تكون ملموسة او لا فان لم تكن فاما ان تكون مهرها مسمى او لا
فان لم يكن فهي التي وجبت لها المتعة وان كان فهي المستثناة التي لا يستحب لها المتعة وان
كانت ملموسة سواء كان مهرها مسمى او لم يكن يستحب لها المتعة وعند الشافعي رح هي تنقسم الى
واجبة والى غيرها واستدل له في الكتاب بقوله لانها وجبت وهو دليل على وجوبها لكل مطلقة وعدمه
للمستثناة وتقريره المتعة وجبت صلة من الزوج لايحاشها بالفراق وكل ما كان كذلك يجب ان يجب
لكل من اوحشت به فالمتعة تجب لكل مطلقة لانها اوحشت بالفراق الا ان في هذه الصورة يعني
المستثناة نصف المهر يجب بطريق المتعة لان الطلاق فسخ يعني في هذه الحالة لعود مالها اليها
سالما وذلك يقتضي سقوط المهر كله كما في فسخ البيع لكن الشرع اوجب نصف المهر بطريق المتعة و
المتعة لا يتكرر فلا يجب المتعة لهذه المطلقة ويجب لغيرها وانما قال وجبت صلة احترازا عن قولنا ان
المهر عوض والمتعة خلف عنه والفائدة تظهر في مسئلتين احديهما ان المطلقة بعد الدخول بها لا يستحق
المتعة عندنا لانها قد استحقت عوض منافع البضع مرة فلا يستحق غيره وعنده يستحق لانها صلة
بسبب الايحاش فيجب المهر لاستيفاء منافع البضع والمتعة لوحشة الفراق والثانية ان المتعة
لا يزاد على نصف المهر عندنا لئلا يزيد الخلف على الاصل وعنده تزاد ولنا ان المتعة خلف عن
مهر المثل في المفوضة لوجود حد الخلف لان مهر المثل سقط بالطلاق قبل الدخول ووجبت المتعة
والحال ان العقد يوجب العوض لا ينفك عنه لقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم على ما عرف في الاصول
فكان وجوب المتعة مضافا الى العقد بعد مهر المثل ولا نعني بالخلف الا ما يجب بعد سقوط شيء مضافا
الى سبب ذلك الشيء كالتيمم مع الوضوء فثبت انها خلف والخلف لا يجامع الاصل فالمتعة لا تجامع مهر
المثل ولا شيئا متصلا به ككل المفروض عند الطلاق بعد الدخول وبعض المفروض عنده قبله واعلم انه
قيل في توجيه كلامه ان المراد بالاصل كل المفروض كما اذا كان بعد الدخول والتسمية وبقوله شيئا منه
نصف المفروض كما اذا كان قبل الدخول بعد التسمية وفيه نظر لانه حينئذ يكون منقطعا عن الكلام
الاول وهو قوله المتعة خلف عن مهر المثل فان قيل هكذا المتعة خلف عن مهر المثل فالخلف لا يجامع
الاصل فالمتعة لا يجامع الاصل وهو مهر المثل وليس في ذلك ذكر التسمية كما ترى وليس المدعى الا عدم
وجوب المتعة مع وجوب المسمى او بعضه ومع وجوب مهر المثل فالصواب ان يقال الاصل هو مهر المثل
والمتعة لا يجامعه وجوبا والمراد بقوله ولا شيئا منه المسمى وبعضه ومن هي من المتصلة كما في قوله تعالى
المنافقون والمنافقات بعضهم من بعض اي بعضهم من بعض اي بعضهم متصل ببعض فيكون معناه والخلف
وهو المتعة لا يجامع الاصل وجوبا وهو مهر المثل اذا طلقها بعد الدخول من غير تسمية ولا يجامع شيئا

متصلا بالاصل وهو كل المسمى بعد الدخول وبعضه قبله ويكون قوله ولا شيئا منه ملحقا بالثابت بالعكس
المقدم لا انه من نتيجته لانه لم يذكر في مقدماته لكنه لما كان متصلا به الحق بحكمه ومعنى الاتصال بين
مهر المثل والمسمى ان كلا منهما يقع امتثالا لما هو المهر عند الله وبيان له كما عرف في الاصول وبعض
هذا قوله في آخر كلامه فلا يجب مع وجوب شيء من المهر ليتناول مهر المثل وكل المسمى وبعضه هذا
الذي سنح لي في حل هذا المكان والله اعلم وقوله وهو غير جان جواب عن قوله اوحشها بالفراق وتقريره
سلمنا انه اوحشها بالفراق لكن لم يكن في الايحاش جانيا لانه فعل ما فعله باذن الشرع فلا يلحقه الغرامة
بوجوب المتعة فكان المتعة بتاويل المتاع من باب الفضل اي الاستحباب قال واذا زوج الرجل
ابنته اذا زوج رجلان كل منهما بنته او اخته للآخر بشرط ان يزوجه الآخر بنته او اخته صح النكاح عندنا
ولكل منهما مهر المثل وسمي هذا النكاح نكاح الشغار من الشغور وهو الرفع والاخلاء وسمي به
لانهما بهذا الشرط كانهما رفعا المهر واخليا البضع عنه وقال الشافعي رح النكاحان باطلان لانه
جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة لانه لما جعل بنته منكوحة الآخر وصداق ابنته فيقتضي
ذلك انقسام منافع بضعها عليهما نصفين فيصير النصف للزوج بحكم النكاح والنصف لبنته بحكم المهر
فيلزم الاشتراك ولا اشتراك في هذا الباب فبطل الايجاب ولنا انه سمى ما لا يصلح صداقا وكل ما
كان كذلك صح العقد فيه ووجب مهر المثل كما سمى الخمر والخنزير وقوله ولا شركة بدون الاستحقاق
جواب الخصم وبيانه ان البضع لما لم يصلح صداقا لم يتحقق الاشتراك لان منافع المرأة لا تصلح ان
تكون مملوكة لامرأة اخرى فبقي هذا شرطا فاسدا والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة وان تزوج حر
امرأة على خدمته لها سنة او على تعليم القرآن صح النكاح ولها مهر المثل وقال محمد لها قيمة خدمته سنة
وان تزوج عبد حرة باذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها الخدمة وقال الشافعي رح لها تعليم القرآن و
الخدمة في الوجهين يعني سواء كان حرا او عبدا لان ما يصح اخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا لان المعنى
يتحقق بذلك في التعليم والخدمة كذلك لانه اذا استاجر شخصا على تعليم القرآن او الاذان او الامامة جاز
عنده فصار كما اذا تزوجها على خدمة حر آخر او على رعي الغنم الزوج غنمها ولنا ان المشروع في عقد النكاح
هو الابتغاء بالمال لقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم الآية والتعليم ليس بمال فلا يكون الابتغاء به مشروعا وكذلك
المنافع على اصلنا لانها لا تبقى زمانين والتمول يعتمد البقاء زمانين فلا يكون الخدمة مالا فلا يكون الابتغاء به
مشروعا وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبة العبد كما في الاجارة ولا كذلك الحر وعلى هذه النكتة
يمنع جواز النكاح على خدمة حر آخر ورعي الغنم ولان خدمة الزوج لا تستحق بعقد النكاح لما فيه من قلب
الموضوع لان عقد النكاح يقتضي ان تكون المرأة خادمة والزوج مخدوما لقوله عليه السلام النكاح رق
وفي جعل خدمة الزوج مهرا لها كون الرجل خادما والمرأة مخدومة وذلك خلاف موضوع النكاح بلا خلاف

التمول الاحراز

بخلاف خدمة حر آخر برضاه فانه يصح ان يكون مهرا لانه يسلم فيه رقبته كالمستاجر ولا مناقضة فيه على
انه ممنوع في احدى الروايتين وبخلاف خدمة العبد لانه يخدم المولى معنى حيث يخدمها باذنه وامره بالنكاح
وهذا مستغنى عنه ظاهرا لانه علم الجواب عنه بقوله وخدمة العبد لانه يخدم المولى ابتغاء بالمال و
يمكن ان يقال ذكر المص على المدعى دليلين احدهما قوله المشروع هو الابتغاء بالمال والثاني قوله ولان
خدمة الزوج الحر فذكر العبد مرة باعتبار الاول واخرى باعتبار الثاني وبخلاف رعي الغنم لانه من
باب القيام بامور الزوجية فلا مناقضة على انه ممنوع في رواية وفي عبارة المص تسامح لانه قال في الدليل
ولنا ان المشروع هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على اصلنا فان كان محمد داخلا في قوله
ولنا فقوله ثم على قول محمد تجب قيمة الخدمة لان المسمى مال يناقض ذلك وان لم يكن داخلا كان المناسب
ولهما دفعا للالتباس ويمكن ان يجاب عنه بانه داخل بالنسبة الى تعليم القرآن فقال ولنا وليس بداخل بالنسبة
الى الخدمة فقال في الاخير ثم على قول محمد تجب قيمة الخدمة لان المسمى وهو الخدمة مال عند العقد الا انه عجز
عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزوج على عبد الغير وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يجب
مهر المثل لان الخدمة اي خدمة الحر ليست بمال اذ لا يستحق فيه اي لا يستحق الخدمة في النكاح بحال و
لو كانت مالا لاستحقت لانه وجد المقتضي وهو العقد الصادر من الاهل المضاف الى المحل وانتفى المانع وهو
كون المهر غير مال وذكر بعض الشارحين ان سماعه في هذا المكان بكلمة هكذا او لا يستحق فيه بحال وهو حسن
لمعنيين احدهما ان يكون كل واحد من قوله لان الخدمة ليست بمال وقوله او لا يستحق فيه بحال دليلا على وجوب
مهر المثل ويكون الاول اشارة الى قوله ولنا ان المشروع هو الابتغاء بالمال والثاني اشارة الى قوله ولان خدمة
الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح والمعنى الثاني ان قوله اذ لا يستحق فيه بحال لا دلالة له على ان الخدمة
ليست بمال الا بالنفقة من وجود المقتضي وانتفاء المانع وهو لا يتم لان للخصم ان يقول لا نسلم انها لو كانت مالا
لاستحقت فيه قوله لانه وجد المقتضي وانتفى المانع وهو كون المهر غير مال نقول المانع غير منحصر في ذلك بل
كونه مفضيا الى المناقضة مانع آخر عن الاستحقاق لكن سماعي بكلمة اذ وللقائل ان يقول قوله على قول ابي حنيفة و
ابي يوسف رحمهما الله مستغنى عنه لانه علم ذلك من الدليل في مطلع البحث ويمكن ان يجاب عنه بانه اعاده تمهيدا
لبيان التعليل بقوله وهذا اي وجوب مهر المثل لان تقومه للضرورة اي لان تقوم المسمى وهو الخدمة لضرورة حاجة
الناس في العقود ومهما انما يندفع بالتسليم الى المحتاج فاذا لم يجب تسليمه في هذا العقد لمكان التناقض لم يظهر
تقومه فبقي الحكم الاصلي وهو مهر المثل ولو قال فاذا لم يجز تسليمه لكان اولى فتامل قال فان تزوجها على الف
هذه المسئلة تنقسم بالقسمة الاولية الى قسمين اما ان يتزوجها على ما لا يتعين بالتعيين كالنقود او على ما يتعين
بالتعيين كالعروض والحنطة والشعير ثم كل واحد منهما على وجهين اما ان يكون الصداق مقبوضا لها او لم
يكن وكل واحد منهما على وجهين اما ان يهب المرأة الكل او البعض فان تزوجها على ما لا يتعين بالتعيين وهو

الف درهم فقبضتها ثم وهبتها للزوج ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بخمسمائة درهم لان الزوج يستوجب
عليها الرجوع بنصف ما قبضت مهرا بالطلاق قبل الدخول فانه بنصف الصداق بالنص ولم يصل اليه عين ما
يستوجبه بالهبة لان الدراهم والدنانير لا يتعينان بالتعيين في العقود والفسوخ فكانت جهة هذه الالف كجهة
الذاهبة واذا لم يصل اليه عين ما استوجبه كان له الرجوع وبالتعيين كذلك اذا كان المهر مكيلا او موزونا اخر
في الذمة غير الدراهم فقبضته ثم وهبته ثم طلقها قبل الدخول بها يرجع عليها بنصف ذلك لعدم التعيين ولهذا
لم يجب عليها رد عين ما قبضت فان لم تقبض الالف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع احدهما
على الاخر بشيء وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر رح لانه سلم له المهر بالابراء وما سلم له بالابراء
غير ما يستحقه بالطلاق وهو براءة ذمته عما عليه من نصف المهر بالطلاق قبل الدخول فالزوج سلم له غير
ما يستحقه فلا تبرأ المراة عما يستحقه وجه الاستحسان ان ما يستحقه الزوج بالطلاق وهو براءة ذمته عن
نصف المهر وقد وصل اليه ذلك لكن بسبب آخر وهو الابراء ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود
لانه غير مقصود بنفسه كمن يقول لاخر لك علي الف درهم ثمن هذه الجارية التي اشتريتها منك وقال الاخر الجارية
جاريتك ولي عليك الف درهم لزمه المال لحصول المقصود وان كذبه في السبب وهو بيع الجارية ولو قبضت
خمسمائة ثم وهبت الالف كلها المقبوض وغيره او وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما
على صاحبه بشيء عند ابي حنيفة رح وقالا يرجع عليها بنصف ما قبضت اعتبارا للبعض بالكل فلو قبضت الكل
ثم وهبت للزوج ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف ما قبضت وكذا اذا قبضت البعض ولان هبة البعض
اي البعض الذي لم تقبضه حط والحط يلتحق باصل العقد فكانه تزوجها ابتداء على الخمسمائة المقبوضة ولابي حنيفة
ان مقصود الزوج وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض قد حصل قبل الطلاق فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق
كمن له على اخر دين مؤجل فاستعجل قبل حلول الاجل وفائدة قوله بلا عوض ستظهر فيما اذا باعت من زوجها
وقوله والحط جواب عن قولهما ولان هبة البعض حط ووجه ذلك ان الحط انما يلتحق باصل العقد اذا كان
العقد عقد مغابنة يحتاج الى دفع الغبن عن احد الجانبين بالزيادة او الحط والنكاح ليس كذلك كما وضح
المصنف رح بقوله الا ترى ان الزيادة يعني ان الحط والزيادة سيان مستويان في الالحاق باصل العقد والزيادة في
النكاح لم تلتحق باصل العقد حتى لا يتنصف الزيادة مع الاصل بالاتفاق فكذلك الحط ولو كانت وهبت
اقل من النصف وقبضت الباقي مثل ما اذا تزوجها على الف فوهبت له مائتين وقبضت الباقي فعند ابي حنيفة
يرجع عليها بثلثمائة درهم حتى يتم النصف وعندهما يرجع عليها باربعمائة درهم لان عنده ما سلم للزوج
معتبر وعندهما المقبوض معتبر فكانه تزوجها على ما قبضت فيتنصف المقبوض وهو ثمانمائة فلو كان
تزوجها على عرض فقبضته او لم تقبض فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء وفي القياس وهو قول
زفر رح يرجع عليها بنصف قيمته لان الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر لتعذره يعني في قوله لانه سلم له

المهر بالابراء فلا تبرأ عما يستحقه وجه الاستحسان ما ذكر ان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض
من جهتها وقد وصل اليه وقوله ولهذا اي ولان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها لم يكن
لها ان تدفع شيئا آخر مكانه بخلاف ما اذا كان المهر دينا وهي المسئلة الاولى حيث يرجع عليها بالنصف
لان حقه لم يكن في نصف المقبوض لعدم التعيين ولهذا لو دفعت مكانه شيئا آخر جاز وبخلاف ما اذا باعت
يعني الصداق العرض من زوجها لانه وصل اليه ببدل وهو يستحق عليها نصف المهر بلا بدل فلا ينوب عما
يستحقه بالطلاق قبل الدخول فلذلك يرجع عليها بنصف المهر ولو تزوجها على حيوان يعني مثل الفرس والحمار
ونحوهما لا مطلقه او عروض في الذمة بان قال على ثوب هروي بين جنسه ونوعه فانه حينئذ يجب الوسط
عما سمي وثبت دينا في الذمة فيشبه النقود وكذا الجواب يعني اذا وهبته له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع
عليها بشيء قبضت او لم تقبض لان المقبوض متعين في الرد يعني انها لو قبضته تعين عليها رده بعينه وكل
ما كان المقبوض منه متعينا في الرد كان من جنس ما يتعين بالتعيين واذا وهبت ما يتعين بالتعيين
فان كانت الهبة بعد القبض فقد وصل اليه عين حقه لان اختلاف السبب غير معتبر وان كانت قبله
فقد وصل اليه حقه وهو براءة ذمته عن نصف المهر ولا معتبر باختلاف السبب وقوله وهذا لان
الجهالة اشارة الى شيئين الى جواز النكاح بالحيوان والعروض بلا تعيين والى ان المقبوض متعين في الرد وتقريره
الجهالة تحملت في النكاح وكل ما تحمل في النكاح لا ينافي النكاح فالجهالة لا تنافي النكاح فاذا اشترط ذلك في
العقد صح ولا بد من تعيين ليتحقق الايفاء عند الحاجة اليه فاذا عين بالقبض صار كان التسمية وقعت
عليه ولو كان كذلك كان متعينا فكذلك اذا عين بالقبض وفائدة الاولى صحة العقد وان كان المسمى
مجهولا ومنع وجوب مهر المثل وفائدة الثانية عدم رجوع الزوج عليها بشيء ان وهبته له وعدم ولاية
الاستبدال ان لم تهب وطلقها قبل الدخول بها بخلاف الدراهم والدنانير قال واذا تزوجها على الف
على ان لا يخرجها من البلدة قد تقدم ان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة فاذا تزوج امراة على الف على
ان لا يخرجها من البلدة او على ان لا يتزوج عليها او على ان يطلق فلانة فالنكاح صحيح وان كان شرط عدم
التزوج وعدم المسافرة وطلاق الضرة فاسدا لان فيه المنع عن الامر المشروع فان وفى بالشرط فلها
المسمى لانه سمى ما يصلح مهرا وقد تم رضاها به وان لم يوف به فلها مهر مثلها وصورة المسئلة فيما اذا
كان مهر المثل اكثر من الالف لانه سمى ما لها فيه نفع حتى رضيت بتنقيص المسمى عن مهر المثل فعند فواته
ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة بان سمى مع الالف ان يكرمها ولا يكلفها الا
الشاقة وما تتعب به وكما لو سمى الهدية مع الالف بان يرسل اليها مع الالف الثياب الفاخرة ولو تزوجها
على الف ان اقام بها وعلى الفين ان اخرجها صورة المسئلة ظاهرة ووجه قول زفر رح انه ذكر بمقابلة
شيء واحد وهو البضع بدلين مختلفين على سبيل البدل فيهما الالف والالفان فيفسد التسمية للجهالة ويجب مهر المثل

عال
لان ان يكرمها بمنزلة لا يكلفها الاعمال الشاقة

ولهما ان ذكر كل واحد من الشرطين مفيد فيصحان جميعا ولابي حنيفة رح ان الشرط الاول قد صح لعدم الجهالة
فيه فتعلق العقد به ثم لم يصح الشرط الثاني لان الجهالة نشأت منه ولم يفسد النكاح وطولب بالفرق بين هذه
المسئلة وبين ما اذا تزوجها على الفين ان كانت جميلة وعلى الف ان كانت قبيحة فيصح فيها الشرطان جميعا
بالاتفاق والمسئلة في فتاوى الولوالجي وغيره واجيب بان في الاولى وجدت المخاطرة في التسمية الثانية لانه
لا يدرى ان الزوج يخرجها او لا وفي المسئلة الثانية لا مخاطرة لان المرأة اما جميلة في نفس الامر واما
قبيحة غير ان الزوج لا يعرفها وجهله بصفتها لا يوجب المخاطرة فيصح الشرطان جميعا والمصنف لم يذكر
وجوه الاقوال واحاله على باب الاجارة على احد الشرطين ولم يذكر هناك هذه المسئلة وانما ذكر مسئلة
الخياطة على ما سيجيء ان شاء الله تعالى ولو تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد اصل هذا ان الضمان الاصلي
عند ابي حنيفة مهر المثل وانما يصار الى التسمية اذا صحت من كل وجه ولم تصح للجهالة وعندهما الضمان
الاصلي هو المسمى وانما يصار الى مهر المثل اذا فسدت من كل وجه وههنا ليس كذلك لامكان بالاوكس لكونه متيقنا
كما في الخلع والاعتاق على مال على هذا الوجه فان الاوكس في ذلك متعين وما في الكتاب واضح وانما قال في مهر
المثل اذ هو الاعدل لانه لا يقبل الزيادة والنقصان لانه قيمة منافع البضع وقيمة الشيء لا تقبل الزيادة و
النقصان بخلاف التسمية لانها تقبلها وقوله الا ان مهر المثل جواب عما يقال اذا كان مهر المثل هو
الاعدل كان المصير اليه واجبا في الاحوال الثلثة ووجهه انه كذلك الا ان مهر المثل اذا كان اكثر من الارفع
فالمرأة رضيت بالحط وان كان انقص من الاوكس فالزوج رضي بالزيادة فعملنا برضاهما وقوله
والواجب بالطلاق قبل الدخول جواب عما يقال اذا كان كذلك كان الواجب ان يجب نصف الارفع فيما وجب
فيه الارفع مهرا لان الواجب في الطلاق قبل الدخول نصف المسمى ووجهه ان الواجب في الطلاق قبل
الدخول في مثله وهو ما يكون التسمية فيه فاسدة المتعة ونصف الاوكس يزيد عليها عادة فوجب لاعترافه
بالزيادة قال واذا تزوجها على حيوان غير موصوف صورة المسئلة ان يقول اتزوجتك
على حمار او فرس قال المصنف معنى هذه المسئلة ان يسمى جنس الحيوان دون الوصف يريد انه لم يقل جيدا
او وسطا او رديا الى غير ذلك من اوصافه ورد بان الفرس والحمار نوع لا جنس واجيب بانه يجوز ان
يكون مراده من الجنس اسم الجنس وهو ما علق على شيء وعلى كل ما اشبهه ويدل عليه قوله اما اذا لم يسم الجنس
بان تزوجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل فانه اسم جنس بالتعريف المذكور وهو ما علق على شيء
وعلى كل ما اشبهه ولم يصح بالتسمية والحق ان يقال اراد بالجنس ما هو مصطلح الفقهاء وهو النوع باصطلاح
غيرهم قوله وقال الشافعي رح يجب مهر المثل واضح وقوله ولنا انه معاوضة مال بغير مال معناه
انه في النكاح معنى التزام المال ابتداء ومعنى المعاوضة اما معنى المعاوضة فظاهر واما معنى التزام
المال ابتداء فبغير عوض فلانه معاوضة مال بغير مال فكان كالدية والاقرار حيث لا يلزم فيهما ايضا مال
بنفي

من غير ان يكون في مقابلته عوض مالي فعملنا بمعنى التزام المال ابتداء وقلنا لا يفسد باصل الجهالة لان
الجهالة في مثله متحملة كما في الدية فان الشرع جعل فيها مائة من الابل غير موصوفة وكما في الاقارير فان
من اقر لانسان بشيء صح اقراره وعملنا بمعنى المعاوضة وشرطنا ان يكون المسمى مالا معلوم الوسط
رعاية لجانب الزوج والمرأة كما وجب في الزكوة رعاية لجانب الغني والفقير وذلك انما يتصور عند
اعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد والردي والوسط والوسط ذو حظ منهما بخلاف جهالة الجنس لانه
لا وسط لاختلاف معاني الاجناس فانه اذا قال على دابة لم يجد نوعا يتوسط فيلزمه قوله وبخلاف
البيع جواب عن قوله ما لا يصلح ثمنا لا يصلح مسمى في النكاح ووجهه ان مبناه على المضايقة والمماكسة
اي المنازعة لانه معاوضة مال ليس فيه معنى التزام المال ابتداء فيفسد باصل الجهالة اما النكاح فمبناه على
المسامحة فلا يفسد بالجهالة ما لم يفحش وقوله وانما يتخير متعلق بقوله والزوج مخير ومعناه ان لكل
واحد من الوسط والقيمة جهة اصالة اما القيمة فلان الوسط لا يعرف الا بالقيمة فصارت اصلا في
حق الايفاء واما الوسط فلان التسمية وقعت عليه فيتخير بينهما وتجبر المرأة على القبول بايهما اتى
وقوله وان تزوجها على ثوب غير موصوف يعني لم يذكر نوعا منه وقوله اذ الثياب اجناس يعني انها تكون
قطنا وكتانا وابريسما وغيرها وقوله وكذا اذا بالغ في وصف الثوب معنى المبالغة فيه هو ان يوصله
الى حد يجوز فيه عقد السلم وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روي عن ابي حنيفة رح ان الزوج يجبر
على تسليم الوسط وهو قول زفر رح لانه بالمبالغة فيه يلتحق بذوات الامثال ولهذا يجوز فيه السلم
وعن ابي يوسف انه ان ضرب الاجل يجبر على الدفع والا فلا لانه بضرب الاجل صار نظير السلم ووجه
الظاهر ما ذكر انها ليست من ذوات الامثال بدليل ان مستهلكها لا يضمن المثل فصارت كالعبد
وكذا اذا سمى مكيلا او موزونا وسمى جنسه مثل ان يقول تزوجتك على كر حنطة او من من زعفران ولم
يذكر على ذلك كان الزوج مخيرا بين الوسط وقيمته وان سمى جنسه وصفته لا تخيير بل يجبر على الوسط
لان الموصوف منهما يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا حالا او مؤجلا ولهذا جاز استقراضه والسلم فيه
وقوله وان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر المثل لان شرط قبول الخمر شرط
فاسد معناه ان قوله تزوجتك على خمر بمنزلة قوله تزوجتك بشرط قبول الخمر وهذا شرط فاسد و
النكاح لا يبطل به لان الشرط فيه لا يربو على ترك التسمية اصلا وذلك لا يفسده فهذا اولى بخلاف
البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة لان الشرط فيه معنى الربوا وهو يفسده وفي قوله بخلاف البيع اشارة
الى رد قول مالك فانه قاس النكاح على البيع فانه قال تسمية الخمر والخنزير يمنع وجوب عوض آخر ولا يمكن
ايجاب الخمر والخنزير بالعقد على المسلم فكان كما لو باع عينا بهما وقلنا انما لم يصح التسمية في نفسها
لكون المسمى ليس بمال اي ليس بمال متقوم في حق المسلم لم يمنع وجوب الغير فوجب مهر المثل قال

كسة

المماكسة بمعنى الامساك

فان تزوج امراة على هذا الدن من الخل صورة المسئلة ظاهرة وحاصل اختلافهم ان محمدا رح
مع ابى يوسف فى ذوات الامثال فى ان الحكم يتعلق بالتسمية دون مهر المثل ومع ابى حنيفة رح فى ذوات
القيم فى ايجاب مهر المثل دون القيمة ثم الاصل ان المعتبر هو الاشارة عند ابى حنيفة فى الفصول كلها والقيمة
عند ابى يوسف رح فى الفصول كلها والاشارة فى الجنس الواحد والتسمية فى الجنسين عند محمد رح والمص رح
قدم دليل ابى يوسف وهو ظاهر ثم ذكر دليل ابى حنيفة رح وقال فيه لكونها يعنى الاشارة ابلغ فى المقصود
وهو التعريف لان الاشارة بمنزلة وضع اليد على الشىء او يحصل به كمال التمييز لان الاشارة الى الشىء
غير ممتنعة واما التسمية فمن باب استعمال اللفظ بجواز اطلاق اللفظ وارادة غير ما وضع له واخر
دليل محمد رح وكانه اشار الى اختياره مذهبه ودليله موقوف على تقدم مقدمتين احديهما ان المراد بالماهية
هى الحقيقة من حيث هى وبالذات موجود فى الخارج بصح ان تكون مشارا اليه باشارة حسية والثانية ان
المراد بالجنس ما يكون الفاصل بين احاده امرا واحدا فيكون التفاوت يسيرا كالعبد والحر والميتة
والذكية والذكر والانثى فى غير الانسان وبالجنسين ما يكون الفاصل بينهما اكثر من ذلك فيفحش التفاوت
كالخل والخمر فان الفاصل بينهما الاسم والصفة كالحموضة فى الخل والحدة فى الخمر والمعنى كالاسكار
وعدمه والجارية والعبد فان الفاصل بينهما الاسم والصفة فاذا ظهر هذا فاذا اجتمعت التسمية
والاشارة فى العقد فان كان المسمى والمشار اليه من جنس واحد كان المعتبر هو المشار اليه لان
التسمية هناك لا تدل على ماهية اخرى وانما تدل على صفة والصفة تتبع الموصوف فى الاستحقاق و
الموصوف موجود فى المشار اليه لانه هو المشار اليه لولا الصفة ولم يعتبر الصفة لتبعيتها وان كانا من
جنسين فالمعتبر هو المسمى لان التسمية حينئذ تدل على ماهية خلاف المشار اليه فيكون المسمى مثل المشار اليه
فى استحقاق ان يكون مرادا ولا يكون تابعا له لان المقتضى لعدم شىء لا يتبعه فيتعارضان فى الاستحقاق
والتسمية ابلغ فى التعريف اذا كانا من جنسين من حيث انها تعرف الماهية والاشارة انما تعرف
ذاتا مشارا اليه من غيره لا له على حقيقة هذا الذى سنح لى فى حل هذا المحل وازيدك بيانا وهو ان كل موضع
دلت التسمية فيه على معنى تحقق المشار اليه عند ارتفاعه فهو جنس واحد فان صفة كونه عبدا اذا ارتفعت
عاد حرا العدم الواسطة وكذلك الميتة والذكية والذكر والانثى وكل موضع دلت التسمية فيه على معنى لم
يتحقق المشار اليه عند ارتفاعه لوجود الواسطة فهما جنسان فان صفة كونه خلا اذا ارتفع لا يلزم ان يكون
خمرا لجواز ان يكون عصيرا وكذا اذا ارتفع كونها جارية لا يلزم ان يكون عبدا لجواز ان يكون حرة و
على هذا اذا تزوجها على هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها الا الباقى اذا ساوى عشرة دراهم عند
ابى حنيفة رح لانه يعتبر الاشارة والاشارة الى الحر يخرجه عن العقد فكان تسمية العبد الثانى لغوا
فكانه تزوجها على عبد فليس لها الا ذلك ولا يجب مهر المثل عنده فاذا كان احدهما عبدا يجب العبد وتمام المثل

لانهما لا يجتمعان ووجه ابى يوسف رح ظاهر وكذا وجه محمد رح لانه فى الجنس الواحد يعتبر الاشارة
ولو كانا حرين وجب تمام مهر المثل عنده فاذا كان احدهما عبدا يجب العبد وتمام مهر المثل والمص رح ذكر انه
فى دليل ابى حنيفة رح قوله لانه مسمى بناء على ما ذكرنا ان الاشارة ابطلت العبد الثانى وقوله ووجوب
المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل اعترض عليه بما قال قبل هذا ولو تزوجها على الف ان اقام بها الى ان قال
وان اخرجها فلها مهر المثل وبما قال فى الزيادات ان الرجل اذا تزوج امراة على الف درهم وعلى ان يعتق
اباها ثم ان لم يف بالشرط فلها الالف الى تمام مهر مثلها وهذا يدل على ان ذكر المسمى لا يمنع وجوب مهر المثل
واجيب بان ذلك الشرط استحق بعقد النكاح ففواته يوجب فوات رضاها فيكمل لها مهر المثل واما
الحر فلم يستحق اصلا وبان الوقوف على ما شرط غير ممكن لانه شرط على خطر الوجود فلو لم يجب لها الى
تمام مهر المثل لزمها ضرر لا يمكن الاحتراز عنه اما هنا فيمكن الوقوف على ما اشار اليه قبل النكاح بالتفحص
فلو لزمها ضرر لزمها بضرب من تقصيرها قال واذا فرق القاضى بين الزوجين فى النكاح الفاسد النكاح
الفاسد مثل النكاح بلا شهود ونكاح الاخت فى عدة الاخت فى الطلاق البائن ونكاح الخامسة فى عدة
الرابعة ونحوها وكلامه واضح وقوله هو يعتبر بالبيع الفاسد يعنى ان القيمة فى البيع الفاسد تجب بالغة ما
بلغت وان زادت على الثمن فكذلك مهر المثل وان زاد على المسمى لكون كل واحد منهما موجبا اصليا فاذا
اعترض الفساد يرجع الى الموجب الاصلى ولنا ان المستوفى اى من منافع البضع بهذا العقد هو ليس بمال وكل
ما ليس بمال ليس بمتقوم فالمستوفى ليس بمتقوم وانما يتقوم بالتسمية والتسمية غير صحيحة فبطلت ولا بد
من تقوم المستوفى من منافع البضع شرعا فصرنا الى ما هو قيمتها فى مثل هذا العقد بدون التسمية وهو عقد
المفوضة اذا كان صحيحا وذلك مهر المثل فيبطل ما زاد عليه وهذا يقتضى ان لا ينقص من مهر المثل اذا زاد على المسمى
لكن الزيادة على المسمى لا تجب لانعدام التسمية اى تسمية الزيادة على المسمى فان قلت هل هذا الا تناقض لانك
اسقطت اعتبار التسمية اذا زادت على مهر المثل ثم اعتبرتها اذا انقصت منه وهى ان كانت فاسدة تجب
تجدد العدم وان كانت صحيحة يجب تجدد الوجوب قلت هى صحيحة من وجه دون وجه صحيحة من حيث ان المسمى
مال متقوم لان فرض المسئلة فيه وفاسدة من حيث انها وجدت فى عقد فاسد فاعتبرنا فسادها اذا زادت و
صحتها اذا انقصت لانضمام رضاها اليها وهذا الكلام من خواص هذا الشرح وانما قيدت المستوفى بقولى بهذا العقد
لان الكلام فيه لئلا ينتقض بالمفوضة فان المستوفى هناك ايضا ليس بمال ولم يتقوم بالتسمية بل بالعقد و
قوله بخلاف البيع جواب عن قياس زفر رح وهو واضح وقوله وعليها العدة يعنى فى النكاح الفاسد
اذا دخل بها لما ذكر ان الخلوة فيه لا تقام لا يقام مقام الدخول فلا بد من حقيقة الدخول لوجوب العدة ويعتبر
الجماع فى القبل حتى يصير مستوفيا للمعقود عليه وقوله الحاقا للشبهة بالحقيقة اى الثابت من وجه بالثابت
من كل وجه فى موضع الاحتياط وكان قوله وتحرزا عن اشتباه النسب تفسيرا للاحتياط بطريق العطف ويعتبر

ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطيات وقال زفر رح يعتبر من آخر الوطيات حتى اذا وطئ في
النكاح الفاسد ثم رات ثلث حيض ثم فرق القاضي تعتد عندنا وعنده يكون عدتها منقضية وقوله
هو الصحيح احتراز عن قول زفر وقوله لانها تجب باعتبار شبهة النكاح يعني من حيث وجود ركنه من
الايجاب والقبول وشبهة النكاح رفعنا بالتفريق وقوله التفريق في موضعين يشير الى انه لا بد من
مفرق وليس رفع النكاح موقوفا على تفريق القاضي بل لكل واحد من الزوجين فسخ هذا النكاح بغير محضر من
صاحبه عند بعض المشايخ وعند بعضهم ان لم يدخل بها فكذلك الجواب وان دخل بها فليس لواحد منهما حق الفسخ
الا بمحضر من صاحبه كما في البيع الفاسد فان لكل من المتعاقدين حق الفسخ بغير محضر من صاحبه قبل القبض و
ليس له ذلك بعد القبض فاما ان يكون مراده التفريق بين الدفع والرافع كل واحد منهما واما ان تكون وضع
المسئلة فيما اذا رفعا حكمهما الى الحاكم وقوله ويثبت نسب ولدها ظاهر مما تقدم وقوله ويعتبر مدة
النسب من وقت الدخول عند محمد رح وقال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله من وقت النكاح كما في النكاح
الصحيح لان حكم الفاسد يؤخذ من الصحيح والفتوى على قول محمد رح لان النكاح الفاسد ليس بداع اليه والا قامة
باعتباره اي اقامة النكاح مقام الوطي باعتبار ان النكاح داع الى الوطي والنكاح الفاسد ليس بداع اليه
فلا يقام مقامه وفي تعليله هذا اشارة الى فساد قياس ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله قال ومهر مثلها
يعتبر باخواتها وعماتها اعلم ان مهر مثل المراة يعتبر بعشيرتها التي من قبل ابيها كالاخوات والعمات و
بنات الاعمام وقال ابن ابي ليلى يعتبر بامها وقوم امها كالخالات ونحوها لان المهر قيمة بضع النساء
فيعتبر بالقرابات من جهة النساء ولنا قول ابن مسعود رضي الله عنه لها مهر مثل نسائها وهن اقارب الاب
لانه اضاف اليها وانما يضاف الى اقارب الاب لان النسب اليه ولان قيمة الشئ انما تعرف بالرجوع الى قيمة جنسه
والانسان من جنس قوم ابيه لا من جنس قوم امه الا يرى ان الام قد تكون امة والابنة تكون قرشية
تبعا لابيها ولا يعتبر بامها وخالاتها اذا لم يكونا من قبيلتها بان يكون ابوها تزوج بنت عمه فان امها
وخالتها تكون من قبيلتها وقوله لما بينا اشارة الى قوله وقيمة الشئ انما تعرف بالنظر في قيمة جنسه وقوله
ويعتبر في مهر المثل ظاهر وقوله باختلاف الدار اي البلد وحاصله ان مهر المثل قيمة البضع وقيمة الشئ
انما تعرف بالرجوع الى نظيره بصفته والمراد بالسن وقت التزوج واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه يعني
اذا زوج الولي ابنته وضمن لها المهر عن الزوج صح لانه من اهل الالتزام وقد اضاف الضمان الى ما يقبل الضمان
وهو المهر لان المهر دين والكفالة والضمان يصحان فيه فان قلت يجوز ان يكون مراده ان الولي تزوج ابنه
الصغير وضمن عنه المهر للمراة قلت يجوز عنه قوله ثم ان المراة بالخيار وان كان في الصحة سواء وذكر في باب
الولية من شرح الطحاوي ان الاب اذا زوج الصغير امراة فللمراة ان تطالب المهر من ابي الزوج فيؤدي الاب
من مال ابنه الصغير وان لم يضمن الاب لان للقطر بجا بخلاف الوكيل اذا زوج فانه ليس للمراة ان تطالب الوكيل بالمهر

اي بعد

ما لم يضمن

ما لم يضمن وقوله ثم المراة بالخيار ظاهر وقوله ويصح ابراؤه اي ابراء الاب المشتري وكذلك الوصي
ويملك قبضه اي يملك الاب قبض الثمن بعد بلوغ الصغير وقوله وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة
جواب عما يقال ان الاب قبض الصداق ايضا كالوكيل يملك قبض الثمن ولو صح الضمان صار ضامنا
لنفسه وذلك لا يجوز هناك فكذلك في الاب وقوله وللمراة ان تمنع نفسها اذا تزوج امراة على مهر فاما ان
يكون المهر كله معجلا او مؤجلا او بعضه معجلا وبعضه مؤجلا فان كان الكل معجلا فاما ان دخل بها او لم يدخل
فان لم يدخل بها فللمراة ان تمنع نفسها حتى تاخذ المهر ولها ان تمنعه عن اخراجها الى السفر ليتعين
حقها في البدل وهو المهر كما تعين حقه في المبدل وهو البضع فصار كالبيع فان للبايع ان يحبس المبيع
حتى ياخذ الثمن تسوية بين البدلين في التعيين وليس للزوج ان يمنعها من السفر والخروج عن منزله
وزيارة اهلها حتى يوفيها المهر كله لان حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس حق الاستيفاء قبل الايفاء وان دخل
بها فكذلك وان كان الكل مؤجلا فاما ان دخل بها او لم يدخل فان لم يدخل فليس لها ان تمنع نفسها لانها
اسقطت حقها بالتاجيل وفيه خلاف ابي يوسف قال موجب النكاح عند الاطلاق تسليم المهر اولا عينا كان
او دينا فحين قبل الزوج الاجل مع علمه بموجب العقد فقد رضي بتاخير حقه الى ان يوفي المهر بعد حلول الاجل وبه
فارق البيع لان تسليم الثمن اولا ليس من موجبات البيع لا محالة الا يرى ان البيع لو كان مقايضة لم يجب تسليم
احد البدلين اولا فلم يكن المشتري راضيا بتاخير حقه في المبيع الى ان يوفي الثمن وقوله لاسقاطها حقها بالتاجيل جيل
باطلاقه يشير الى انه ليس لها المنع لا قبل حلول الاجل ولا بعده وهو ظاهر اما قبل الحلول فظاهر واما بعده فلان
هذا العقد ما اوجب حق الحبس فلا يثبت بعده وفي هذا الوجه اذا لم يكن لها حق المنع قبل الدخول عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله فلان لا يكون لها ذلك بعده اولى وقوله وان دخل بها يعني في الوجه الاول فكذلك الجواب عند ابي
حنيفة رح يعني للمراة ان تمنع نفسها حتى تاخذ المهر وقالا ليس لها ذلك اذا كان الدخول برضاها اما اذا كانت
مكرهة او صبية او مجنونة فلا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلوة بها ان كانت برضاها فعلى الاختلاف
وان كانت بغيره لم يسقط حقها بالاتفاق ويبتني على هذا استحقاق النفقة تستحقها مدة المنع عنده لانه
منع بحق ولا تستحقها عندهما لانها ناشزة لهما ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطئة الواحدة
وبالخلوة ولهذا يتاكد بها جميع المهر وتسليمه ينفي حق الحبس كالبايع اذا سلم المبيع وقوله وله انها منعت منه جاز
ان يكون مناقضة وتقريره انا لا نسلم ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطئة الواحدة فانها منعت منه
ما قابل البدل لان كل وطئة تصرف في البضع المحترم واذا كان كذلك لا يتحقق تسليم كله وجاز ان تكون معارضة
وتقريره انها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطئة تصرف في البضع المحترم والتصرف فيه لا يخلو عن البدل
ابانة لخطره والمنع على مقابل البدل صحيح وقوله والتاكيد بالواحدة اي بالوطئة الواحدة جواب عن قولهما
ولهذا يتاكد بها جميع المهر وهو واضح وان كان بعضه معجلا وبعضه مؤجلا كان لها ان تخرج قبل اداء المعجل فاذا اخذ

لم يكن لها ذلك الا باذنه فان قلت فان سموا المهر ساكتين عن التاجيل والتعجيل ماذا يكون حكمه قلت يجب
حالا وقد اشير الى ذلك في دليل ابي يوسف آنفا فيكون حكمه حكم ما شرط تعجيله واذا اوفاها مهرها نقلها الى
حيث شاء لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها وهو قول الفقيه ابي
الليث لان الغريب يؤذى قال ظهير الدين المرغيناني الاخذ بقول الله تعالى اولى من الاخذ بقول الفقيه ابي
الليث ورد بان الفقيه هو الذي اخذ بقول الله تعالى لان قوله من حيث سكنتم مخصوص بدليل مستقل مقارن
وهو قوله ولا تضاروهن وفي قرى المصر القريبة لا يتحقق الغربة سئل ابو القاسم الصفار عن يخرجها من المدينة
الى القرية ومن القرية الى المدينة فقال ذلك تبوئة وليس بسفر واخراجها من بلد الى بلد سفر وليس
بتبوئة قال ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر هذه المسئلة على وجوه لان الاختلاف
اما ان يكون في حيوتهما او تختلف الورثة بعد مماتهما او يكون بعد موت احدهما فان كان في حيوتهما فاما
ان يكون قبل الطلاق او بعده وكل ذلك على وجهين اما ان يكون الاختلاف في اصل التسمية او في مقدار المسمى
اما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد الفرقة بعد الدخول او بعد موت احدهما فالقول قول المرأة الى
تمام مهر مثلها او ورثتها والقول قول الزوج او ورثته في الزيادة في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وكلامه
في تحرير المذاهب ظاهر وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعض مشايخنا في تفسير قول ابي يوسف رح
ان المراد به ما يكون ما دون العشرة فانه مستنكر شرعا لانه لا مهر اقل من عشرة دراهم والاصح ان مراده
ان يدعى شيئا قليلا يعلم انه لا يتزوج مثل تلك المرأة على ذلك المهر عادة فانه ذكر هذا اللفظ في البيوع ايضا
اذا اختلفا في الثمن بعد هلاك السلعة القول قول المشترى الا ان ياتي بشيء مستنكر وليس في الثمن تقدير شرعا
وقوله لا يصار اليه اي الى مهر المثل وقوله وهو قياس قولهما اي قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وانما
خصهما بالذكر لان عند ابي يوسف رح القول قول الزوج في جميع الصور وقوله لان المتعة موجبة بعد الطلاق
اي موجب العقد اذا كان الطلاق قبل الدخول كمهر المثل قبله اي قبل الطلاق فيحكم المتعة بعد الطلاق كمهر المثل
قبله وقوله ووجه التوفيق اي بين رواية الجامع الكبير وبين رواية المبسوط والجامع الصغير وهو واضح
وقوله فالقول قولها يعني مع اليمين لان الاصل في الدعاوى ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه و
ان نكل يقضى عليها بالفي درهم كما لو اقرت لان النكول اقرار وان كان الفين فالقول قولها اي مع يمينها لان الزوج
يدعى عليها الحط وهي تنكر فان نكلت تقضى بالف درهم لانها اقرت بالحط وان حلفت تقضى لها بالفي درهم
الالف بطريق التسمية لاتفاقهما على تسمية الالف والالف باعتبار مهر المثل فايدة هذا انه يخير الزوج في هذا الالف
ان شاء اعطى الدراهم وان شاء اعطى الدنانير وايهما اقام البينة في الوجهين اي فيما اذا شهد مهر المثل
للزوج وفيما اذا شهد مهر المثل للمرأة تقبل فان اقاما البينة في الوجه الاول وهو ما اذا كان مهر المثل شاهدا
للزوج تقبل بينتها لانها تثبت الزيادة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كان مهر المثل شاهدا للمرأة تقبل بينته

لانها تثبت الحط

لانها تثبت الحط والاصل في هذا هو ان البينة تثبت ما ليس ثابتا ظاهرا وان كان مهر مثلها الفا وخمسمائة
تحالفا لان الزوج يدعى عليها الحط عن مهر المثل وهي تنكر والمرأة تدعى عليه الزيادة وهو ينكر وينبغي
ان يقرع القاضي بينهما في البداية لاستوائهما فان نكل الزوج يقضى بالف وخمسمائة كما لو اقر بذلك صريحا
وان نكلت المرأة وجب المسمى الف لانها اقرت بالحط وان حلفا جميعا وجب الف وخمسمائة الف بطريق
التسمية لا يخير الزوج فيها لاتفاقهما على تسمية الالف وخمسمائة باعتبار مهر المثل يجبر فيها الزوج و
ايهما اقام البينة قبلت بينته وان اقاما يقضى بالف وخمسمائة الف بطريق التسمية وخمسمائة باعتبار
مهر المثل لان البينتين بطلتا لمكان التعارض ونص محمد رح في هذا الفصل ان بينة المرأة اولى لاثباتها
الزيادة وذكر الامام المحبوبي بعد ذكر وجوب المثل فيما اذا تحالفا فقال فيه اذا تحالفا يبدا بيمين الزوج
لانه اشدهما انكارا وان اقاما البينة فالبينة بينة المرأة لانها تثبت الزيادة والبينة مشروعة
للاثبات وهذا تخريج الرازي وقال الكرخي يتحالفان في الفصول الثلثة على قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما
وهما ان يكون مهر المثل شاهدا له او شاهدا لها او كان بينهما ثم يصار الى مهر المثل لانهما اتفقا على اصل
التسمية والتسمية الصحيحة تمنع المصير الى مهر المثل واذا حلفا تعذر التسمية فيحكم مهر المثل قيل قول ابي
بكر اصح لان تحكيم المهر ليس لايجاب مهر المثل وانما هو لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعاوى
ان القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه ولو كان الاختلاف في اصل المسمى بان ادعى احدهما التسمية
وانكر الآخر كان القول قول من ينكر التسمية ويجب مهر المثل بالاجماع المركب اما عندهما فلانه الاصل
في التحكيم واما عند ابي يوسف رح فلانه تعذر القضاء بالمسمى لعدم ثبوت التسمية للاختلاف فيجب مهر
المثل كما لو تزوجها ولم يسم لها مهرا ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما بين الحي وورثة الميت
فالجواب فيه كالجواب في حيوتهما في الاصل والمقدار في الاصل يجب مهر المثل بعد الدخول والمتعة
قبله وفي المقدار عندهما يحكم مهر المثل لان مهر المثل لا يسقط بموت احدهما الا ترى الى مسئلة
المفوضة اذا مات احدهما وعنده القول قول الزوج او ورثته لما تقدم ولو كان الاختلاف بعد موتهما في
المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند ابي حنيفة رح ولا يستثنى القليل خلافا لابي يوسف فانه
يستثنيه كما تقدم وعند محمد رح الجواب فيه كالجواب في حال الحيوة يحكم مهر المثل وهو قياس
قول ابي حنيفة رح تركه استحسانا لما نذكره وان كان الاختلاف بعد موتهما في اصل المسمى فعند ابي حنيفة رح
القول قول من انكره لا يحكم مهر المثل وقوله لما نبينه من بعد اشارة الى دليل ابي حنيفة رح في المسئلة التي
تلي هذه المسئلة واذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها ان ياخذوا ذلك من ميراث الزوج
وان لم يكن سمى لها مهرا فلا شيء لورثتها عند ابي حنيفة رح وقالا لورثتها المهر في الوجهين
معناه اي معنى قوله لورثتها المهر في الوجهين المسمى في الوجه الاول وهو ما اذا سمى ومهر المثل في الوجه

الثاني وهو ما اذا لم يسمّ اما الاوّل وهو وجوب المسمّى فلان المسمّى دين في ذمّته اما بثبوته بالبيّنة
او بالتصادق وقد تاكد بالموت فيقضى من تركته اذا علم انّهما ماتا معًا او لم يعلم ايّهما مات اوّلا
او علم ان الزوج مات اوّلا واَمّا اذا علم انها ماتت اوّلا فيسقط نصيبه من ذلك واَمّا الثاني فوجه
قولهما ان مهر المثل صار دينا في ذمّته كالمسمّى فلا يسقط بالموت كما اذا مات احدهما وهو قياس قوله لكن
استحسن فقال انّ موتهما يدلّ على انقراض اقرانهما فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل وهذا يشير الى
ان وضع المسئلة في صورة التقادم وقد روى عنه انه استدلّ فقال ارايت لو ادّعى ورثة علي رضي الله عنه
على ورثة عمر رضي الله عنه مهر امّ كلثوم اكنت اقضي فيه بشيء وهذا لان مهر المثل يختلف باختلاف
الاوقات فاذا تقادم العهد وانقرض اهل ذلك العصر يتعذّر على القاضي الوقوف على مقدار مهر المثل و
على هذا اذا لم يكن العهد متقادمًا بان لم يختلف مهر مثل هذه المرأة يقضي بمهر مثلها وللمشايخ طريق
آخر وهو ان مهر المثل من حيث هو قيمة البضع يشبه المسمّى ومن حيث انّه يجب في مقابلة ما ليس بمال يشبه
الصلة كالنفقة فاعتبار الشبه الاوّل لم يسقط فلا يسقط بموت احدهما وباعتبار الشبه الثاني
يسقط فيسقط بموتهما لان المسقط تاكد بالموت ومن بعث الى امرأته شيئا ظاهر وقوله فالقول
قوله اي مع اليمين فان حلف والمتاع قائم فللمرأة ان تردّ وترجع بما بقي من المهر وان كان هالكا
لم ترجع وقوله لما بيّنا اشارة الى قوله وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب وقوله وقيل
ما يجب عليه انما قيد بالوجوب لانه اذا بعث الخفّ والملاءة كان له ان يحتسب من المهر لان ذلك لا يجب
عليه وقوله وغيره قيل كنانة البيت **فصل** لما ذكر احكام النكاح في حقّ المسلمين وهم
الاصل في الشرائع ذكر من هو تبع لهم في المعاملات ومن المعاملات احكام النكاح في الكفّار واذا تزوج النصراني
نصرانية قيل المراد بهما الذمّي والذمّية ولهذا ذكر في المبسوط بلفظ الذمّي واقول يجوز ان يكون اطلقه ليتناول
المستامن ايضا وذلك في دينهما اي النكاح بغير مهر في دينهم جائز والواو للحال فليس لها مهر وان اسلما و
كذلك الحربيان في دار الحرب وهذا اي عدم وجوب المهر في الذمّيين والحربيين عند ابي حنيفة رح ووافقاه
في الحربيين واَمّا في الذمّية فان دخل بها ومات عنها فلها مهر مثلها وان طلّقها قبل الدخول بها فلها المتعة
وخالفهم زفر رح في الحربيين ايضا وقال الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال لقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم
وهذا الشرع وقع عامًا لان النكاح من باب المعاملات والكفّار مخاطبون بالمعاملات فيثبت الحكم على
العموم حاصل كلامه المشروع في باب النكاح ابتغاؤه بالمال على العموم وكل ما كان كذلك يثبت حكمه على العموم
وقالا اهل الحرب لم يلتزموا احكام الاسلام وهو ظاهر فلا يكون الحكم عليهم الا بالالتزام ولا الزام الا
بالولاية وقد انقطع الولاية بتباين الدارين بخلاف اهل الذمّة لانهم التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات
لا لان الالتزام بعقد الذمّة وقد وجد منهم فكان كالزنا والربوا فانّهم ينهون عن ذلك ويقام عليهم الحدّ

ولئن سلّمنا

ولئن سلّمنا انّهم لم يلتزموا لكن ولاية الالزام متحقّقة لاتحاد الدار ولابي حنيفة رح ان اهل الذمّة
لا يلتزمون احكامنا في الديانات كالصوم والصلوة وفيما يعتقدون خلافه من المعاملات
ايضا كبيع الخمر والخنزير وولاية الالزام بالسيف والمحاجّة وليست بموجودة لانقطاعها عنهم
بعقد الذمّة فانّا امرنا بان نتركهم وما يدينون فصاروا كاهل الحرب في عدم الالتزام وانقطاع
الولاية وقوله بخلاف الزنا جواب عن قولهما كالزنا والربوا ووجهه ان الزنا حرام في جميع
الاديان فلم يكن دينهم حتى يتركوا عليه والربوا مستثنى عن عقودهم لقوله عليه السلام الا من اربى فليس
بيننا وبينه عهد الا حرف تنبيه للاحرف استفتاح كذا السماع والنسخ وقوله في الكتاب اي في قول
محمّد في الجامع الصغير وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان يعني عن ابي حنيفة في رواية يجب مهر المثل
كما قالا وفي رواية لا يجب شيء وعلى هذه الرواية لا يحتاج الى فرق واَمّا على الرواية الاخرى وهي رواية
الاصل فيحتاج الى الفرق بين النفي والسكوت وهو ان النكاح معاوضة البضع بالمال فالتنصيص
عليه بمنزلة اشتراط العوض كالتنصيص على البيع بين المسلمين فما لم يوجد التنصيص على نفي العوض
يكون العوض مستحقا لها واَمّا الميتة فانّها ليست بمتقوّمة عند احد فكان التزوّج عليها كالنفي وهو
مختار فخر الاسلام من الروايتين ووجه الرواية الاخرى ان احدا ما لم يتديّن بتقوّمه لم تدخل تحت قوله
عليه السلام اتركوهم وما يدينون فيجب حكم الشرع والاصحّ ان الكلّ على الخلاف عنده لا يجب شيء وعندهما
يجب مهر المثل وقوله فان تزوّج الذمّي ذمّية ظاهر وقوله وهذا كلّه اي كلّ ما ذكر وهو ما كانا
معيّنين او غير معيّنين عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف لها مهر المثل في الوجهين اي في المعيّن و
غير المعيّن وقال محمّد رح لها القيمة في الوجهين ووجه قولهما انّما جمع بين قولهما وان كانا يختلفان
فيما بينهما حيث قال ابو يوسف فيهما مهر المثل ومحمّد قال فيهما بالقيمة ومهر المثل غير قيمة الخمر و
الخنزير لانّهما يتّفقان في ان لا يوجبا عين الخمر والخنزير لانّ القبض مؤكّد للملك في المقبوض و
لهذا ينصّف الصداق بالطلاق قبل الدخول اذا لم يكن مقبوضا وبعد القبض لا يعود الى ملك الزوج
شيء الا بالرضاء او بالقضاء واذا مرّ يوم الفطر والصداق عبد غير مقبوض ثم طلّقها قبل الدخول بها
لا يجب صدقة الفطر عليها بخلاف ما بعد القبض ولا يجب الزكوة عليها عند ابي حنيفة رح الله في المهر
قبل القبض بخلاف ما بعده والمؤكّد للملك شبيه بالعقد لافادة ما لم يكن فيمتنع القبض بسبب الاسلام كما لو كان
ابتداء التمليك بالعقد بعد الاسلام الحاقا لشبهة العقد بحقيقته في الحرمات وصار كما اذا كانا بغير اعيانهما
في افادة ما لم يكن والقبض فيما اذا كانا بغير اعيانهما يمنع عن تسليم نفسهما فكذلك فيما اذا كانا باعيانهما
كالعقد واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فابو يوسف يقول لو كانا مسلمين وقت العقد وجب مهر
المثل فكذلك ههنا ووجه محمّد رح ظاهر ووجه قول ابي حنيفة رح انّ الملك في الصداق المعيّن يتمّ بنفس العقد

بغير اعيانهما لا لان التعيين كالتعيين فيما اذا كانا

ولهذا لا تملك التصرف فيه ولو هلك هلك على ملكها وكل ما تم بنفس العقد لا يحتاج فيه الى القبض للتملك و
بالقبض ينتقل الملك من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك اى الانتقال لا يمنع بالاسلام كما سترداد
الخمر المغصوبة واما فى الصداق الغير المعين فالعقد فيه لا يتم به الملك لانه يفيد وجوب الدين
فى ذمته والقبض موجب ملك المعين فيمتنع بالاسلام عن تملك الخمر او الخنزير وقوله بخلاف المشترى
متصل بقوله ان الملك فى الصداق المعين الخ يعنى بخلاف ما اذا باع الخمر او الخنزير او اشترى ثم
اسلم قبل القبض فانه لا يجوز له القبض بل ينفسخ العقد لان المبيع يستفاد ملك التصرف فيه
بعد القبض لا قبله والاسلام مانع منه وقوله واذا تعذر القبض فى غير المعين ظاهر وقوله
ولو طلقها الخ معنى قول ابى حنيفة فى العين لها نصف العين وفى غير العين فى الخمر لها نصف القيمة
وفى الخنزير لها المتعة لان مهر المثل لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول بل فى كل موضع كان الواجب
مهر المثل قبل الطلاق فالواجب المتعة بعد الطلاق وعند ابى يوسف رح لها المتعة على كل حال و
عند محمد لها بعد الطلاق نصف القيمة على كل حال

باب نكاح الرقيق

لما فرغ من بيان من له اهلية النكاح من غير توقف من المسلمين وغيرهم شرع فى بيان نكاح من ليس
له ذلك وهو الرقيق والرقيق المملوك يطلق على الواحد والجمع لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن
مولاهما اما الامة فظاهر لان منافع بضعها ملك المولى فلا يصح العقد عليها بدون اذنه واما
العبد ففيه خلاف مالك رح فانه يجوز نكاحه بدون اذنه لانه يملك الطلاق وهو ظاهر وكل من يملك الطلاق
يملك النكاح لان الطلاق سبب النكاح ومن ملك شيئا ملك سببه الموصل اليه ولنا قوله عليه السلام ايما عبد
تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر رواه ابو داود واخرجه الترمذى وقال هذا حديث حسن ولان
فى تنفيذ نكاحهما تعيبهما اذ النكاح عيب فيهما ولهذا اذا اشترى عبدا او امة فظهر مزوجا جاز له
ان يرده وليس لهما تعيب انفسهما رعاية لحق المولى فلا يملكانه بدون اذنه وفى هذا التعليل جواب لمالك
فان الطلاق ازالة العيب ولا يلزم من جواز ازالة العيب جواز تعيبهما انفسهما واستشكل بجواز اقراره
بالحدود والقصاص فان وجوب قطع اليد فى السرقة ووجوب القصاص عيب فيهما على قولهما واما على
قول ابى حنيفة فبمنزلة الاستحقاق وهو ايضا اقوى العيوب فكيف جاز ذلك واجيب بان الرقيق فى حقوق الله
باق على حريته والرق لا يؤثر فيهما فان لزم من ذلك تعيب فهو ضمنى لا معتبر به وموضعه الاصول و
قوله وكذا المكاتب ظاهر وقوله لما بينا يعنى قوله لانه من باب الاكتساب وقوله فالمهر دين فى رقبته يباع فيه
لما عرف فى الاصول ان ذمته قد ضعفت بالرق فيضم اليها مالية الرقبة واستدل المصنف رح بقوله لان هذا
دين وجب فى رقبته وهو دليل قوله يباع فيه دون ما قبله لئلا يلزم المصادرة على المطلوب وتقديره هذا
دين وجب فى رقبته وكل دين وجب فى الرقبة يباع الرقبة فيه اما انه وجب فلتحقق المقتضى وهو وجود السبب

من اهله

٢٩

من اهله وانتفاء المانع وهو حق المولى لصدور الاذن من جهته واما انه وجب فى الرقبة فلدفع المضرة عن
اصحاب الديون كما فى دين التجارة فيباع الرقبة فى المهر كما يباع فيه وقوله دفعا للمضرة عن اصحاب
الديون يعنى النساء وقوله فليس هذا باجازة لانه اى قوله طلقها او فارقها يحتمل الرد لان رد هذا
العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومتاركة الا ترى انه لو قال فى النكاح الفاسد طلقتك كان متاركة
واذا احتمل الامرين رجحنا جهة المتاركة لانه اليق بحال العبد المتمرد وقوله او هو ادنى الرد لانه
دفع والطلاق رفع والدفع اسهل من الرفع فكان الحمل عليه اولى فان قيل قوله طلقها حقيقة فى ايقاع
الطلاق المعروف ومجاز فى المتاركة والعمل بالحقيقة ممكن فكيف صير الى المجاز اجيب بان الحقيقة قد
تترك بدلالة الحال وهذا كذلك وهى الافتيات على راى المولى وان قال طلقها تطليقة رجعية او تطليقة
تملك الرجعة فهذا اجازة لان الطلاق الرجعى لا يكون الا فى نكاح صحيح فيتعين الاجازة فان قيل
اذا قال المولى لعبده كفر يمينك بالمال او تزوج اربعا من النساء لا يثبت به العتق وان كان التكفير
بالمال وتزوج الاربع من النساء لا يكون الا بعد الحرية اجيب بان ما كان اصلا فى اثبات الاهلية
للتصرفات الشرعية لا يثبت اقتضاء كالايمان فى خطاب الكفار بالشرائع كما فى الاصول وفى اثبات
الاعتاق ذلك بخلاف ما نحن فيه فان النكاح ليس باصل فى اثبات الاهلية لها وقوله ومن قال لعبده
تزوج هذه الامة صورة المسئلة والاصل المذكور ظاهران وتقييده بالاشارة والامة اتفاقى فان
الحكم فى غير المعينة وفى غير الاماء كذلك ويبتنى على هذا الاصل المذكور حكمان احدهما ما ذكر انه
يباع فى المهر عنده ولا يباع عندهما والثانى انه اذا تزوجها بوصف الصحة بعد ذلك لا يصح عند ابى
حنيفة رح لانتهاء الاذن بالعقد الاول ويصح عندهما ووجه الجانبين على الوجه المذكور فى الكتاب ظاهر
واما قيد بالمستقبل لانه لو حلف انه ما تزوج امراة فى الماضى وكان تزوج صحيحا او فاسدا حنث
فى يمينه كذا فى المبسوط وقوله كما فى البيع يعنى انه اذا امره بالبيع مطلقا يتناول الجائز والفاسد
وقوله على هذه الطريقة يريد طريقة اجراء اللفظ المطلق على اطلاقه ولكن كان قول الكل فالعذر لابى
حنيفة رح ان مبنى الايمان على العرف ومن زوج عبدا ماذونا له مديونا جاز والمراة اسوة
للغرماء اذا كان النكاح بمهر المثل لما ذكر بقوله ووجهه وتقريره لان المقتضى موجود وهو ولاية
المولى لتحقق سببها وهو ملك الرقبة والمانع وهو ملاقاة النكاح حق الغرماء بالابطال مقصودا
منتف واذا تحقق المقتضى وانتفى المانع ثبت الحكم البتة وانما قال مقصودا لان المنافية انما تتحقق
بذلك واما اذا كان ضمنا فلا معتبر به وههنا كذلك لان محلية النكاح بالادمية وحق الغرماء لا
يلاقيها لكن اذا صح النكاح بولاية المولى تحصينا لملكه وجب الدين بسبب لا مرد له لعدم انفكاك النكاح
عن ثبوت المال فكان كدين الاستهلاك وصار كالمريض المديون اذا تزوج امراة فبمهر مثلها اسوة للغرماء

واما اذا كان اكثر منه فلا يساويهم بل يؤخر الى الاستيفاء حتم كدين الصحة مع دين المرض قال

ومن تزوج امته بوات للرجل منزلا و بوائه منزلا اى هيائه و مكنته ومن زوج امته فليس عليه

ان يبوئها اى يهيأ بيتا للزوج يبيت لها لكنها تخدم المولى و يقال للزوج متى ظفرت بها وطيتها

وانما قال ذلك ليتحقق التسليم و كلامه واضح وحاصله ان حق المولى ثابت فى الرقبة والمنافع سوى

منفعة البضع وحق الزوج انما هو فيها والا يلزم ابطال الكثير للقليل مع امكان تحصيله من غير ابطال

الكثير فله ان يبوئها وان لا يبوئها وان يستخدمها بعد التبوئة لكنه يسقط نفقتها لما اشار

اليه بقوله لان النفقة تقابل الاحتباس فان قيل الاحتباس انما هو لبقاء حق المولى فى الاستخدام و

مثل ذلك لا يسقط النفقة كالحرة اذا حبست نفسها عنه لاستيفاء الصداق اجيب بان الحرة اذا

حبست نفسها كذلك فالتفويت من قبل الزوج بامتناع ايفاء ما التزمه وههنا ليس من جهة الزوج بل

من جهة من له الحق وهو المولى فكانت كالمحبوسة بالدين لا نفقة لها فان بوأها معه بيتا فولدت

من الزوج لم يكن عليه نفقة الولد لانه مملوك لمولاها و نفقة المملوك على المالك و قوله وذكر تزويج المولى

يعنى ذكر محمد فى الجامع الصغير تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما وهذا راجع الى مذهبنا ان للمولى

اجبارهما على النكاح ومعنى الاجبار ان المولى لو باشر النكاح بدون رضاهما نفذ و قوله لان فيه

تحصينه عن الزنا الذى هو سبب الهلاك والنقصان يعنى انه اذا حد ربما يقع الحد مهلكا او جارحا ففى

الاول هلاك ماله وفى الثانى نقصانه فانه اذا اشترى عبدا قد حد فى الزنا فله ان يرده فيملكه بالانكاح جبرا

اعتبارا بالامة والجامع قيام سبب الولاية وهو ملك الرقبة وتحصين ملكه عن الزنا الموجب للهلاك و

النقصان وليس المناط فى جواز نكاح الامة جبرا تملك منافع بضعها لانه لا يطرد مع الاجبار ولا ينعكس

فان الزوج يملك منافع بضع المرأة ولا يقدر على تزويجها والولى يملك تزويج الصغيرة ولا يملك منافع بضعها

فكان التعليل به فاسدا فان قيل لو كان الاجبار باعتبار تحصين الملك لجاز فى المكاتب والمكاتبة ولم

يجز اجاب بقوله بخلاف المكاتب والمكاتبة فان الملك لما كان فيهما ناقصا بواسطة تملكهما اليد التحقا

بالاحرار تصرفا فشرط رضاهما وههنا فرع لطيف وهو ان المولى اذا زوج مكاتبته الصغيرة توقف

النكاح على اجازتها لانها ملحقة بالبالغة فيما ينبنى على الكتابة ثم انها لو لم ترد حتى ادت بدل الكتابة فعتقت

بقى النكاح موقوفا على اجازة المولى لا على اجازتها لانها بعد العتق لم يبق مكاتبة وهى صغيرة والصغيرة

ليست من اهل الاجازة قال فى النهاية وهذه من الطف المسائل واعجبها حيث اعتبر اجازة المكاتبة فى

حال رقها ولم يعتبر فى حالة العتق لما ذكرنا من الفرق ومن زوج امته فقتلها قبل الدخول بها فلا مهر لها عند

حنيفة رح فان ماتت فعلى الزوج المهر بالاتفاق وان قتلها اجنبى فكذلك وان قتلها مولاها فكذلك عندهما وعند

ابى حنيفة رح لا مهر عليه للمولى قالا المقتول ميت باجله عند اهل الحق فلا فرق بين الصور الثلث ولهان

المولى

المولى منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما اذا ارتدت الحرة تجازى بمنع البدل عند عدم تسليمها

المبدل و فى قوله يجازى اشارة عما يقال الصغيرة اذا ارتضعت من ام زوجها والمجنونة اذا قبلت

ابن زوجها بشهوة قبل الدخول منعتا المبدل قبل التسليم حيث بانتا منه ولم يسقط المهر وذلك

لانهما ليستا من اهل المجازاة و نوقض بالصغيرة العاقلة اذا ارتدت قبل الدخول تجازى بسقوط المهر

فلم ينافى الصغير المجازاة واجيب بان ترك مجازاة الصغير انما تكون على افعال غير محظورة فى

حقها والردة محظورة اذا كانت عاقلة بدليل انها تحرم الميراث بسببها وتستتاب بالحبس

و قوله والقتل فى حق احكام الدنيا جواب عن قولهما لان الميت مقتول باجله وان قتلت حرة نفسها قبل

الدخول بها فلها المهر خلافا لزفر رح هو يعتبر بالردة و قتل المولى امته لما بينا من الجامع انه منع

المبدل قبل التسليم و قوله ولنا ان جناية المرء ظاهر و قوله حتى يجب الكفارة عليه يعنى اذا قتلها

خطاء وكذلك يجب الضمان على المولى ان كان عليها دين قال واذا تزوج امة فالاذن فى العزل

الى المولى فى هذه المسئلة دلالة على جواز العزل و سئل ابن مسعود رضى الله عنه فقال لا بأس به ولو ان

الله تعالى اخذ ميثاق نسمة فلو القيتها فى صخرة يخلق فيها و روى ابو سعيد الخدرى رضى الله عنه

عن النبى عليه السلام مثله وهو ثلثة اقسام عزل عن امته المملوكة له ولا اذن فيه لاحد وعزل عن

المرأة الحرة والاذن فى العزل اليها وهذا بالاتفاق وعزل عن الامة المنكوحة وفى تعيين الاذن

اختلاف كما ذكرناه فى الكتاب وهو واضح وان تزوجت باذن مولاها او زوجها مولاها ثم اعتقت

فلها الخيار ان شاءت اقامت معه وان شاءت فارقته سواء كان زوجها حرا او عبدا وقال الشافعى

رح ان كان عبدا فلها الخيار وان كان حرا فلا خيار لها واستدل على ذلك بما روى ان عائشة رض لما ارادت

ان تعتق مملوكين لها متناكحين سألت النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك فامرها بالبداءة بالغلام قال

وانما امرها بذلك كيلا يثبت لها الخيار ولان الخيار فيما اذا كان عبدا لعدم الكفاءة وهى موجودة فى

الحر ولنا ان عائشة رضى الله عنها اعتقت بريرة فقال لها رسول الله عليه السلام ملكت بضعك فاختارى

فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين الحر والعبد وانما قال فالتعليل لانه من باب قوله

سهى فسجد فالشافعى محجوج به فان قيل روى صاحب السنن باسناده الى عبد الرحمن بن القاسم عن

ابيه عن عائشة رضى الله عنها ان بريرة خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان زوجها عبدا وروى ايضا

باسناده الى عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنه ان زوج بريرة كان عبدا اسود يسمى مغيثا فخيرها النبى

عليه السلام وامرها ان تعتد فانى يكون الشافعى به محجوجا قلت روى البخارى ومسلم وابو داود

ايضا والنسائى والترمذى وابن ماجة واحمد رحمهم الله ان بريرة اعتقت وزوجها حر واذا تعارضت

الروايتان تركناها وصرنا الى ما يدل عليه لفظ الحديث على ما ذكرنا فكان محجوجا به وقد سلكنا مسلك

الترجيح في التقرير بان المثبت اولى من النافي فليطلب ثمة وقوله ولانه يزداد الملك دليل معقول
وقد تقدم بيانه ورد بان عدة الطلاق عنده معتبرة بالرجال فلا يزداد عليها الملك اذا كان الزوج
حرا واجيب بان كونها معتبرة بالنساء ثابت بدليل فوق على ما يجيء فيلزم عليها الزيادة اذا اعتقت
وان كان حرا ولانه ان امره عليه السلام بالبداءة بالغلام لذلك وانما كان لاظهار فضيلة الرجال
على النساء فانهما لو اعتقتهما معا لثبت الخيار ايضا عنده وليس ثبوت الخيار في العبد لعدم الكفاءة فان
الكفاءة شرط في الابتداء دون البقاء الا ترى ان الزوج ان اعسر حتى خرج عن كفاءتها لم يكن لها
خيار وانما الخيار لزيادة الملك عليها ولا فرق في ذلك بين الحر والعبد وكذلك المكاتبة يعني اذا تزوجت
باذن مولاها ثم اعتقت كان لها الخيار سواء كان الزوج حرا او عبدا لزيادة الملك عليها وقال
زفر لا خيار لها لان ثبوت الخيار في الامة لنفوذ العقد بغير رضاها وسلامة المهر للمولى
وهذا غير موجود هنا فان المهر لها والنكاح ما نفذ الا برضاها ودليلنا في ظاهر مما تقدم و
ان تزوجت امة بغير اذن مولاها ثم اعتقت صح النكاح ولا خيار لها اما صحة النكاح فلوجود
المقتضي لصدور الركن الذي هو الايجاب والقبول من اهله لكونها من اهل العبارة وانتفاء المانع
لان امتناع النفوذ كان لحق المولى وقد زال واما عدم الخيار فلان النفوذ بعد العتق فلا يتحقق
زيادة الملك كما لو زوجت نفسها بعد العتق والحكم في العبد كذلك وانما خصص الامة بالذكر ليبنى
المسئلة المتعلقة بالمهر عليها لانها لا تتاتى في حق العبد ويجوز ان يكون تخصيص بالامة لتفريع
مسئلة الخيار عليها لانه مختص بالاماء دون العبد وقوله فان كانت تزوجت بغير اذنه ظاهر
وانما قال في صورة المسئلة بان المسمى الف ومهر المثل مائة ليعلم ان المسمى وان زاد على مهر المثل
فهو للمولى اذا كان الدخول قبل العتق وكان ينبغي ان يكون ما يوازي مهر المثل للمولى وما زاد للمراة
لان مهر المثل قيمة البضع من كل وجه دون الزائد عليه والبضع ملك المولى فكان قيمته له لا الزائد
على قيمة ملكه وجوابه ما ذكر في الكتاب بقوله والمراد بالمهر الالف المسمى لان نفاذ العقد بالعتق
استند الى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجوب المسمى للمولى ان اعتقها بعد الدخول و
للامة ان اعتقها قبله فان قيل كيف يستند الجواز الى وقت العقد والمانع عن الاستناد قائم
لان المانع من الجواز هو الملك والملك قد زال بالعتق مقتصرا الا ترى ان الامة اذا حرمت حرمة
غليظة على زوج كان لها قبل ذلك وتزوجت بغير اذن المولى فدخل بها فاعتقها المولى لا تحل على زوجها
الاول باعتبار ان العقد غير معتبر في حق هذا الدخول الذي كان قبل العتق اجيب بان ما ذكرتم يقتضي
ان القياس هو ان يلزمه مهران مهر بالدخول قبل نفاذ النكاح وهو مهر المثل ومهر بالنكاح وهو
المسمى لما ذكرتم من وجود المانع عن الاستناد الا انهم استحسنوا فقالوا يلزمه مهر وهو المسمى وقت

العقد لانه لو وجب مهر بالدخول لوجب بحكم العقد اذ لولاه لوجب الحد فكان المهر واجبا بالدخول مضافا
الى العقد فايجاب مهر آخر بالعقد جمع بين المهرين بعقد واحد وهو ممتنع وهذا كما ترى لا يجري لان
المانع من الاستناد على ما ذكره السائل لم يزل والاولى ان يقال ليس المانع من الجواز في الاستحسان
الملك وانما هو الحاجة الى الصيانة عن الاضرار بالمولى فبعد اعتقها المولى فقد خلا هذا النكاح عن
الاضرار بالمولى من وقت وجوده فيثبت الجواز من ذلك الوقت وظهر من هذا قوله ولهذا لم يجب
مهر آخر بالوطء في نكاح موقوف الى آخره واجيب عن عدم زوال الحرمة الغليظة لان امتناع حلها
على زوجها الاول انما كان لان الاستناد يظهر في القائم لا في المتلاشي والمستوفي بالوطء متلاش فان قيل
القول بالاستناد ينتقض بالمسئلة الثانية وهي قوله وان لم يدخل بها حتى اعتقها فالمهر لها ولو استند
الجواز الحاصل العقد يجب ان يكون المهر للمولى كما اذا تزوجت باذن المولى ولم يدخل بها الزوج حتى
اعتقها اجيب بان حكم الاسناد يظهر فيما لا يختلف مستحقه لا فيما يختلف وهنا يختلف لان المستحق
زمان الثبوت هو الامة وزمان العقد هو المولى ولما كان المستحق زمان الثبوت هو الامة
امتنع استناد هذا الاستحقاق الى زمان العقد لانه لو استند هذا الاستحقاق الى زمان العقد يبطل هذا
الاستحسان زمان الثبوت فيبطل الاستناد من حيث يثبت قال ومن وطئ امة
ابنه ومن وطئ جارية ابنه فولدت منه ولدا فهي ام ولد له وعليه قيمتها دون المهر وانما قال ومعنى المسئلة
ان يدعيه الاب لان محمدا رح لم يذكر الدعوة في الجامع الصغير ووجهه ان للاب ولاية تملك مال ابنه
للحاجة الى البقاء لما روت عايشة رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ولد الرجل من كسبه فكلوا
من اموالهم وروى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي عليه السلام قال ان اولادكم من اطيب
كسبكم فكلوا من كسب اولادكم وغير ذلك وكل من له ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء فله ولاية تملك
جاريته للحاجة الى صيانة الماء فان قيل لو كان صيانة الماء كبقاء النفس لما وجب عليه القيمة كما في الطعام
اجاب بقوله غير ان الحاجة الى ابقاء نسله دونها الى ابقاء نفسه ولهذا لا يجبر الولد على اعطاء الجارية
والده للاستيلاد لكونه غير ضروري فلهذا يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة فان عورض بان
الاستيلاد يعتمد الملك كما في المملوكة او حق الملك كما في المكاتبة وليس شيء من ذلك بموجود اجاب بقوله
ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاد شرطا له اذ المصحح يعني للاستيلاد اما حقيقة الملك او حقه على ما ذكرنا
وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه لانه بعد ما علق الولد احتاج الاب
الى صيانته عن الضياع وذلك بثبوت النسب ولا ثبوت له بدون ذلك فقدم اقتضاء لتقدم الشرط على المشروط و
اذا قدم كان الوطء واقعا في ملكه فلا يلزمه العقر وقال زفر رح والشافعي تجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما
للاستيلاد فانه سقط الاحصان بهذا الوطء ولو كان في الملك لما سقط وحد قاذفه وقاساه بالجارية المشتركة

فانه اذا استولدها وجب عليه العقر وآلمسئلة معروفة يعنى فى شرح الجامع الصغير وغيره لهما ان الملك عندنا يثبت
قبيل الاستيلاد شرطا وعنده بعده حكما له والذى ذهبنا اليه هو الصواب لانا قد اتفقنا على ان استيلاد الاب
جارية ولده صحيح ومن شرط صحته وقوع الوطى فى الملك حتى لو خلا عنه اصلا لم يصح كما فى جارية الاجنبى فلا بد
من تقديم صيانة لفعله عن الحرمة وصيانة للولد عن الرق وعورض بان الجارية المشتركة بين الاب والابن اذا ولدت
فادعاه الاب يثبت النسب ويجب العقر مع قيام نوع ملك وذلك يدل على ان الملك لم يثبت سابقا على الوطى و
بانه اذا وطئها غير معلق وجب العقر ولو ثبت الملك قبله لما وجب وبانه اذا قذفه انسان لا يحد ولو ثبت الملك قبله
لحد واجيب عن الاولى بانا نقدم الملك احترازا عن وقوع الاستيلاد فى غير الملك حكما وفى تلك المسئلة نوع من
الملك قايم فلا يحتاج الى تقدمه وعن الثانية بان اثبات الملك بصفة التقدم كان لصيانة فعله عن الحرمة و
صيانة الولد عن الرق وهذا المجموع لم يوجد ههنا وعن الثالثة بان تقدم الملك اجتهادى فكان فيه شبهة
تندرئ بها الحد ولو كان الولد زوج جارية اباه اى اباه فولدت لم تصر ام ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر
وولده حر لانه صح التزوج عندنا وقال الشافعى رح لا يصح لان للاب حق الملك فى مال ولده حتى لو وطى جاريته
عالما بحرمتها عليه لم يلزمه الحد وكل من له حق الملك فى جارية لا يجوز تزوجها اياها كالمولى اذا تزوج امة من
كسب مكاتبه لان حق الملك فى مال ولده اظهر الا ترى ان استيلاده فى جارية الابن صحيح واستيلاد المولى امة مكاتبه
غير صحيح ولنا ان امة الابن خالية عن ملك الاب لان الابن ملكها من كل وجه بدلالة حل الوطى ونفاذ العتق و
صحة البيع والرهن والهبة فمن المحال ان يملكها الاب بوجه من الوجوه والا لما كان الابن ملكها من كل وجه وذلك
خلف باطل وكذا ملك الابن من التصرفات ما لا يبقى معه ملك الاب لو كان فدل على انتفاء ملكه وقوله الا انه
يسقط الحد للشبهة جواب عن قول الخصم لو وطى جاريته عالما بحرمتها عليه لم يحد ولم يذكره فى الكتاب واذا
كانت خالية عن ملكه صح النكاح واذا صح النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين لعدم الحاجة اليه فلا
تصير ام ولد له وقال زفر رح تصير ام ولد لانه لو استولدها بفجور صارت ام ولد له فاذا استولدها
بنكاح او شبهة نكاح اولى ان تصير ام ولد له ولنا ان ما ذكرنا ان ماءه صار مصونا بالنكاح فلا
يحتاج الى ملك اليمين لان اثباته لم يكن الا لصيانة الماء وقوله ولا قيمة عليه فيها ظاهر وقوله واذا كانت
الحرة تحت عبد واضح الا الفاظ نبه عليها قوله لصحة العتق عنه اى عن الامر وقوله اعتق طلب التمليك
منه تقديره اعتق عبدك الذى هو لك فى الحال عنى بيعك لى اياه بطريق الوكالة عنى فيكون امرا باعتاق
عبد الآمر عنه وقوله اعتقت يكون بمعنى قوله بعت منك واعتقته عنك فان قيل لو صرح بالبيع لم
يقع العتق عن الآمر المامور بالاتفاق فلا يكون المقتضى اقوى من التصريح به اجيب بان الشئ قد يثبت ضمنا وان
لم يثبت صريحا كبيع الاجنة فى ارحام الامهات يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا واذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح
للتنافى بين الملكين على ما مر فى فصل المحرمات عند قوله ولا يتزوج المولى امته ولا المرأة عبدها فان قيل لو

ان لا يبطل النكاح ههنا وان ثبت ملك اليمين لوجهين احدهما ان الملك ثابت ههنا بطريق الاقتضاء والثابت
ضرورة يثبت بقدر الضرورة وضرورة صحة العتق فلا يتعدى الى فساد النكاح والثانى ان الملك ههنا كما يثبت يزول
للاعتاق ومثله لا يفسد النكاح كالوكيل بالشراء اذا اشترى منكوحة لموكله لا يفسد النكاح لان الملك
كما ثبت زال اجيب عن الاول بان الشئ اذا ثبت ثبت بجميع لوازمه وفساد النكاح لازم من لوازم الملك اللازم
للعتق ولازم اللازم لازم وعن الثانى بان الملك يثبت للوكيل ابتداء وهو مختار شمس الائمة وابى طاهر
الدباس سلمنا ان الملك يثبت للوكيل لكن انما لا يفسد به النكاح لتعلق حق الغير به عند الثبوت وهو
الموكل وما نحن فيه ليس كذلك وقوله لانه يعنى ابا يوسف رح تقدم التمليك بغير عوض هبة تصحيحا لتصرفه
اى لتصرف الامر لان تصحيح كلام العاقل واجب مهما امكن وقد امكن ههنا باسقاط اعتبار القبض
لانه شرط وقد امكن ذلك باسقاط القبول الذى هو الركن فلان يمكن باسقاط الشرط اولى فصار كما اذا كان
عليه كفارة ظهار فامر غيره ان يطعم عنه ففعل سقط عنه الكفارة من غير تفرقة بين ما اذا كان الطلب
بعوض او بغير ولهما ان الهبة من شرطها القبض بالنص وهو قوله عليه السلام لا تصح الهبة الا مقبوضة فلا
يمكن اسقاطه ولا اثباته اقتضاء وقوله اسقاطه ولا اثباته اشارة الى ان فيه طريقين احدهما ان يسقط
القبض كما يسقط القبول والثانى ان يجعل القبض موجودا تقديرا وقوله لانه فعل حسى يعنى انه ليس من جنس
القول فلا يمكن ان يكون ثابتا فى ضمن قوله اعتقت هذا بالنسبة الى الاثبات واما بالنسبة الى الاسقاط
فيقال لانه فعل حسى والفعل الحسى لا يمكن اعتبار سقوطه بخلاف البيع فانه تصرف شرعى فيصح ان يثبت
فى ضمنه وقوله وفى تلك المسئلة اى فى مسئلة الامر بالاطعام الفقير ينوب عن الآمر فى القبض كالفقير
فى باب الزكوة ينوب فى قبض عن الله تعالى ثم يصير قابضا لنفسه اما العبد فلا يقع فى يده شئ لان الاعتاق
اتلاف للملك وتمام تقرير هذه المسئلة يطلب فى التقرير

باب نكاح اهل الشرك

لما ذكر باب الرقيق للمناسبة التى ذكرنا ذكر من هو ادون منزلة واخس منهم رتبة وهم اهل الشرك
الذين لا كتاب لهم واذا تزوج الكافر بغير شهود او فى عدة كافر وذلك فى دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه
قيد بعدة كافر لانه لو كان فى عدة مسلم كان النكاح فاسدا بالاجماع كذا قيل وفيه نظر لان كلامنا فى
اهل الشرك ولا يجوز للمسلم نكاح المشركة حتى تكون فى عدته ويجوز ان يصور بان اشركت بعد الطلاق
والعياذ بالله وهى فى عدة المسلم وهذا عند ابى حنيفة رح وقال زفر رح النكاح فاسد فى الوجهين الا انه
لا يتعرض لهم قبل الاسلام والمرافعة الى الحكام وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله فى الوجه الاول وهو التزوج
بغير شهود كما قال ابو حنيفة رح وفى الوجه الثانى وهو التزوج فى عدة كافر آخر كما قال زفر رح قال زفر الخطاب
كقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود ونحوه عامة كما مر من قبل فيلزمهم وانما لا يتعرض لهم لذمتهم اعراضا
لا تقريرا فاذا ترافعوا او اسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق عملا بقوله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع
اهواءهم

بابت
كما تركناهم وعبادة الصنم اعراضا

ولهما ان حرمة المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها فان مالكا
وابن ابي ليلى يجوزانه ولم يلتزموا احكامنا بجميع الاختلافات ولكنا لا نتعرض لهم لمكان عقد الذمة
فاذا ترافعا او احدهما او اسلم والعدة غير منقضية فرق بينهما كما في نكاح المحارم وامّا اذا كان الاسلام
والمرافعة بعد انقضائها فلا يفرق بينهما بالاجماع ولابي حنيفة رح ان حرمة النكاح انما هي للعدة لكونه
نكاح المنكوحة من وجه وثبوت العدة امّا ان تكون للشرع او للزوج لا سبيل الى الاول لانهم لا يخاطبون
بحقوقه ولهذا لا يتعرض لهم في الخمر والخنزير ولا الى الثاني لانه لا يعتقده لان هذا الوضع على ذلك الفرض
فكان النكاح واقعا ابتداءً صحيحا لوجود المقتضي وهو صدور الركن من اهله مضافا الى محله وانتفاء المانع
بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم فان المانع متحقق وهو اعتقاد الحرمة واذا صح ابتداءً لا يرتفع بالاسلام
والمرافعة لان ذلك حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها ولهذا لو مات الشهود لم يبطل النكاح
وكذا العدة لانها في حالة البقاء كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة يجب عليها العدة صيانة لحق الوطء ولا
يبطل النكاح القائم وهذا كما ترى يشير الى ان العدة لا تجب عن الكافر وهو الاصح وقال بعضهم تجب
لكنها ضعيفة لا يمنع النكاح بناء على اعتقادهم كالاستبراء فيما بين المسلمين فكان النكاح صحيحا في الابتداء
وحالة الاسلام والمرافعة حالة بقاء وهي لا تستلزم الشروط ولانا في العدة على ما قلنا فان تزوج
المجوسي احدى محارمه او خامسة ثم اسلم احدهما او ترافعا فرق بينهما وما داما على الكفر ولم يترافعا لا
يتعرض لهما وهذا بالاتفاق لكن عندهما باعتبار ان لنكاح المحارم حكم البطلان فيما بينهم لكونه مجمعا عليه
كما في المعتدة فاذا اسلم وجب التعرض به والتفريق وكذلك بالمرافعة وامّا عنده فله حكم الصحة في الصحيح بناء
على ما ذكرنا ان الحرمة امّا ان تكون للشرع او للزوج الخ وقوله في الصحيح احتراز عن قول مشايخ العراق
ان له حكم الفساد عنده لانه لو كان له حكم الصحة لما فرق بينهما في البقاء وقوله الا ان المحرمية جواب عن هذا
التشكيك ووجهه ان المحرمية تنافي بقاء النكاح كما لو اعترضت على نكاح المسلمين برضاع او مصاهرة فيفرق
بينهما بخلاف العدة لانها لا تنافيه كما مر ثم باسلام احدهما يفرق بينهما بالاتفاق وكذلك بمرافعة احدهما
وطلب حكم الاسلام عندهما لان اسلام احدهما كاسلامهما في جواز التفريق فكذلك رفع احدهما يكون كرفعهما
لانه يرفعه انقاد لحكم الاسلام كما اذا اسلم وامّا عند ابي حنيفة رح فلا يفرق برفع احدهما لان الآخر فلم يستحق
باعتقاده بقاء هذا النكاح واستحقاقه لا يبطل بمرافعة الآخر اذ لا يتغير به اعتقاده بل يعارضه بخلاف الاسلام
فان اعتقاد المصر لا يعارض اسلام المسلم لان الاسلام يعلو ولا يعلى وامّا اذا ترافعا فلا بد من التفريق بينهما
بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما ولو حكما رجلا وطلبا منه حكم الاسلام له ان يفرق بينهما فالقاضي اولى بذلك لعموم
ولايته وقوله ولا يجوز ان يتزوج المرتد واضح وقوله بل للمصالح يريد به التسكن والازدواج والتوالد والتناسل
وقوله فان كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه قيل كيف يصح هذا التعميم ولا وجود لنكاح المسلمة مع كافر اذ كان

كان واجيب بان هذا محمول على حالة البقاء بان اسلمت المرأة ولم يعرض الاسلام على الزوج بعد فجاءت بولد
وقوله والشافعي يخالفنا فيه اي في جعل الولد تبعا للكتابي للتعارض جعله تبعا للكتابي يوجب حل الذبيحة والنكاح
وجعله تبعا للمجوسي يوجب حرمته ذلك فوقع التعارض اذ الكفر ملة واحدة والترجيح للمحرم ونحن بينا الترجيح
وهو قوله لان فيه نظرا له فان قلت على ما ذكرت كل واحد منا ومن الخصم ذهب الى نوع ترجيح فمن اين يقوم
الحجة قلت ترجيحنا يدفع التعارض وترجيحه يرفعه بعد وقوعه والدفع اولى من الرفع لان كم من واقع لا يدفع
قال واذا اسلمت المرأة وزوجها كافر اطلق الكفر في قوله وزوجها كافر لعدم بقاء نكاح
المسلمة مع اي كافر كان وقيد الزوج بالمجوسية لانها ان كانت كتابية فلا عرض ولا تفريق وكلامه واضح وقوله كما في
الطلاق يريد ان تنصيف الطلاق قبل الدخول يرفع النكاح وبعده لا يرفع الا بعد انقضاء العدة وقوله الى انقضاء ثلث
حيض ولنا ان المقاصد بالنكاح قد فاتت وتفريقه باسلام المرأة او زوج المجوسية فاتت المقاصد بالنكاح
وفواتها وهو حادث لا بد له من سبب فامّا ان يكون هو الاسلام او كفر من بقي عليه لا سبيل الى الاول لانه
طاعة لا يصلح سببا لفوات النعم ولا الى الثاني لان كفر من بقي على كفره قد كان موجودا قبل هذا ولم يمنع
ابتداءً فلا يفوته بقاءً فلا بد من امر آخر غيرهما فيعرض الاسلام ليحصل المقاصد بان اسلم او يثبت ما
يصلح لذلك وهو الاباء فان الاباء عنه صالح لسلب النعم واذا اضيف الفوات اليه اضيف ما يستلزمه الفوات
وهو الفرقة فكانت الفرقة الى الاباء وفي كلام المص نوع اغلاق لانه يلزم عليه ان يقال فوات المقاصد يصلح
سببا يبني عليه الفرقة فلا حاجة الى العرض لكن اذا تاملت فيما ذكرته حق التامل ازال عنك الشبهة ولما
فرغ من البحث مع الشافعي شرع فيه مع ابي يوسف في ان الفرقة في الوجهين لا يكون طلاقا ووجه قوله
ما ذكر ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان على معنى انه يتحقق منهما وهو الاباء وكل فرقة بسبب يشترك فيه لا
يكون طلاقا كالفرقة الواقعة بسبب ملك احد الزوجين الآخر والواقعة بالمحرمية ولهما ان الزوج امتنع
بالاباء عن الامساك بالمعروف لما مر من فوات المقاصد ومن امتنع عن الامساك بالمعروف ناب القاضي
منابه في التسريح بالاحسان كما في الجب وقوله مع قدرته عليه السلام زيادة تاكيد واري ان تركه كان
افضل لانه لو كان شرطا بطل قياسه على الجب والعنة وقوله اما المرأة فليست باهل للطلاق واضح و
قوله فاشبه الردة والمطاوعة بفتح الواو يعني انهما اذا ارتدت والعياذ بالله او مكنت ابن زوجها فان
كان ذلك بعد الدخول كان لها المهر لتاكد بالدخول وان كان قبله فلا مهر لها وقوله واذا اسلمت المرأة في
دار الحرب ظاهر والعرض على الاسلام متعذر من باب عرضنا لنا فيه على الحوض من القلب الذي لا
يتنجع عليه الا افراد البلغاء وقوله فاقمنا شرطها اي شرط الفرقة وهو مضي الحيض الثلث ان كانت ممن
تحيض وثلثة اشهر ان لم تحض مقام سبب الفرقة قال في النهاية وهو تفريق القاضي عند اباء الزوج الاسلام
وكانه اراد انه سبب بطريق النيابة والا فقد تقدم ان سبب الفرقة هو الاباء وقوله كما في حفر البئر يعني في

قيام الشرط مقام السبب وذلك لان الاصل اضافة التلف الى ثقل الواقع في البئر التي حفرت على قارعة الطريق لانه هو العلة لكنه تعذر ذلك لكونه طبيعيا لا تعدي فيه ثم اضافته الى السبب وهو المشي وقد تعذرت كذلك لان المشي في الطريق مباح لا محالة فاضيفت الى الشرط وهو حفر البئر لانه لم يعارض العلة والسبب وله شبه بالعلة من حيث تعلق الحكم به وجودا وفيه تعد لانه في غير ملك الحافر وموضعه اصول الفقه ثم المراة ان كانت المسلمة فهي كالمهاجرة على ما سياتي حكم المهاجرة واذا كانت الزوج هو المسلم فلا عدة عليها بالاتفاق ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها عندنا والشافعي يفصل كما هو له في دار الاسلام من قوله فان كان قبل الدخول وقعت الفرقة في الحال وان كان بعده بعد انقضاء العدة ولنا ان هذه الحيض لاجل الفرقة لا للعدة فيستوي فيها الدخول وغيرها وهذا لان الزوج في صورة الطلاق باشر سبب الفرقة وهو الطلاق فجاز ان يعتبر السبب في الحال اذا كان قبل الدخول فلا يحتاج الى مضي الحيض واما هنا فالفرض انه لم يباشر فاحتاج الى مضيها للفرقة فيستويان فيها واذا وقعت الفرقة والمراة حربية فلا عدة بالاجماع لان حكم الشرع لا يثبت في حقها وقوله وان كانت هي المسلمة ظاهر وقوله فلان يتنافى اولى لان البقاء اسهل من الابتداء فكم من شيء يحتمل في النكاح حالة البقاء وان لم يحتمل في الابتداء الا ترى ان المنكوحة اذا وطئت بشبهة تعتد وتبقى منكوحة ولا يجوز نكاح المعتدة من وطي بشبهة ابتداء قال واذا خرج احد الزوجين صورة المسئلة ظاهرة والحاصل كذلك وتقرير دليله ان التباين اثره في انقطاع الولاية وانقطاع الولاية لا يؤثر في الفرقة كالحربي اذا دخل دارنا بامان فان ولايته قد سقطت اذ المراد بانقطاع الولاية سقوط مالكيته عن نفسه وماله وكالمسلم اذا دخل دار الحرب بامان فان ولايته قد انقطعت ولم يؤثر في الفرقة وهذا لابطال دليل الخصم وقوله اما السبي فيقتضي الصفاء للسابي ولا يتحقق الصفاء له الا بانقطاع النكاح ولهذا اي ولان السبي يقتضي الصفاء يسقط الدين عن ذمة المسبي لاثبات المذهب ولنا ان المصالح لا ينتظم مع التباين حقيقة وحكما وتقريره تباين الدارين حقيقة وحكما ينافي انتظام المصالح وما ينافي انتظام المصالح يقطع النكاح كالمحرمية فتباين الدارين يقطع النكاح والمراد بالتباين حقيقة تباعدهما شخصا وبالحكم ان لا يكون في الدار التي دخلها على سبيل الرجوع بل يكون على سبيل القرار والسكنى وهذا لاثبات المذهب وقوله والسبي يوجب ملك الرقبة لرد دليل الخصم وتقريره والسبي يوجب ملك الرقبة وملك الرقبة لا ينافي النكاح ابتداء ولهذا لو زوج امته جاز فكذا بقاء ولهذا لو كانت المسبية منكوحة لمسلم او ذمي لا يبطل النكاح مع تقرر السبي والمنافي اذا تقرر فالمحرم وغيره سواء كما اذا تقرر بالمحرمية والرضاع وقوله وصار اي صار السبي كالشراء من حيث ان النكاح لا يفسد بالشراء فكذلك بالسبي لعدم المنافاة وقوله ثم هو اي السبي يقتضي الصفاء اي سلمنا ان السبي يقتضي الصفاء لكن في محل عمله وهو المال حتى يثبت الملك في رقبة المسبي للسابي على الخلوص لا في محل النكاح

وهو منافع البضع لان ذلك ليس بمحل عمله لان ذلك من خصايص الانسانية لا المالية وقد اندرج في هذا الكلام الجواب عن قوله ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي لان الدين في الذمة وهي من محل عمله لانها هي الرقبة وقوله وفي المستامن جواب عن قوله كالحربي المستامن او المسلم المستامن وكان قد احترز بقوله وحكما عن ذلك فان التباين وان وجد في المستامن حقيقة لكنه لم يوجد حكما لقصده الرجوع واذا خرجت المراة الينا مهاجرة اي تركت ارض الحرب الى دار الاسلام وخرجت مسلمة او ذمية على قصد ان لا ترجع الى ما هاجرت عنه ابدا جاز ان تتزوج ولا عدة عليها عند ابي حنيفة رح وقالا عليها العدة لان الفرقة وقعت بعد ان دخلت في دار الاسلام وكل فرقة كانت كذلك يلزمها حكم الاسلام كالمسلمة والذمية ولابي حنيفة رح ان العدة لاظهار خطر ملك النكاح ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا يجب على المسبية بالاتفاق فان قيل لو لم يكن لملكه خطر لما وجبت اذا خرجت حاملا اجيب بانها لا تجب عليها العدة ولكنها لا تتزوج لان في بطنها ولدا ثابت النسب فان قيل الهجرة اورثت تباين الدارين وهو لا يربو على الموت ولو مات وجبت العدة فلتجب معها ايضا اجيب بان الموت لا يوجب سقوط المحرمات حكما فلزمتها العدة بحكم الملك واما تباين الدارين فيسقطها حقيقة وحكما فيزول ملكه لا الى اثر وحاصله ان التباين يربو على الموت الا يرى انه يمنع التوارث والموت يوجبه ولو خرجت حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها رواه محمد رح عن ابي حنيفة رح لان حملها ثابت النسب من الغير فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع ايضا احتياطا كام الولد اذا حبلت من مولاها لا يزوجها حتى تضع وروى ابو يوسف والحسن بن زياد عن ابي حنيفة رح انه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها لانه لا حرمة للحربي فجوزه اولى كما في الحبل من الزنا فانه لا حرمة لماء الزاني قيل والاول اصح لانه حمل ثابت النسب بخلاف الحمل من الزنا وتحقيقه ان الحمل من الغير يمنع الوطي مطلقا وثابت النسب محترم فيمنع النكاح ايضا دون غيره قال واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام اذا ارتد احد الزوجين والعياذ بالله وقعت الفرقة بينهما سواء كان دخل بها او لم يدخل وعند الشافعي رح ان لم يدخل بها فكذلك وان دخل بها فحتى ينقضي ثلثة اطهار بناء على ما ذكرنا له من تاكد النكاح وعدم تاكده وكانت الفرقة بغير طلاق حتى لا تنقص عدة الطلاق عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح ان كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق وان كانت من المراة فبغير طلاق هو يعتبرها بالاباء والجامع ما بيناه يعني قوله امتنع عن الامساك بالمعروف وابو يوسف مر على ما اصلنا له في الاباء وهو ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان والطلاق مما يختص بالزوج وابو حنيفة رح فرق بين الاباء والارتداد فجعل الفرقة بالاباء

الزوج طلاقا دون الردة ووجهه ان الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة لانها تبيح النفس
والمال ويبطل الملك والنكاح والطلاق ليس بمناف للنكاح لانه رافع له بعد تحققه مسببا عنه والمسبب
عن الشيء الدافع له لا ينافيه فلا يكون الردة طلاقا بخلاف الاباء لانه يفوت الامساك بالمعروف وذلك ليس
بمناف للنكاح فيجب التسريح بالاحسان على ما مر واعترض بوجهين احدهما ان الردة لا تنافي ملك
العين بل يصير موقوفا فاباء ملك النكاح لا يكون كذلك والثاني ان الردة لو كانت منافية لما وقع
طلاق المرتد على امرأته بعد الردة كما في المحرمية لكنه يقع بالاتفاق والجواب عن الاول انما يرجع الى المحل
فالابتداء والبقاء فيه سواء والردة تنافي النكاح ابتداء فكذا بقاء وتوقف تحصيل ملك العين بالشراء
ابتداء فكذا بقاء وعن الثاني ان وقوع الطلاق تابع لامكان ظهور اثره وحيث كانت المحلية متصورة
العود بالتوبة امكن ظهور اثره فكان معتبرا بخلاف المحرمية فان المحلية غير متصورة ابدا فلا يمكن
ظهور اثره وعن هذا قالوا اذا ارتد الرجل ولحق بدار الحرب لم يقع على المرأة طلاقه لان تباين الدارين
مناف للنكاح فكان منافيا للطلاق الذي هو من احكام النكاح فان عاد الى دار الاسلام وهي في
العدة وقع عليها الطلاق لان المنافي وهو تباين الدارين قد ارتفع ومحلية الطلاق بالعدة وهي قائمة
فيقع واذا ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب لم يقع طلاق الزوج عليها عند ابي حنيفة لان العدة قد
سقطت عنها عنده لفوات المحلية لان من كان في دار الحرب فهو كالميت في حقنا وبقاء الشيء في
غير محله مستحيل والعدة متى سقطت لا يعود الا بعود سببها بخلاف الفصل الاول لان العدة هناك باقية
لبقاء محلها لانها في دار الاسلام الا ان تباين الدارين كان مانعا عن وقوع الطلاق فاذا ارتفع
المانع والعدة باقية وقع وقال ابو يوسف رح يقع الطلاق لان العدة باقية عنده وقوله ولهذا يتوقف
الفرقة توضيح لكون الردة منافية للطلاق دون الاباء وقوله ثم ان كان الزوج ظاهر وقوله
ولا نفقة متعلق بقوله وان كانت هي المرتدة فلها كل مهرها ان دخل بها لا الى ما يليه لان المسألة اذا
كانت غير مدخول بها ووقعت الفرقة لا تجب النفقة على زوجها فلا يرتاب احد في عدم وجوب النفقة
في المرتدة اذا كانت غير مدخول بها وقوله لان الفرقة من قبلها يعني وكانت كالناشزة ولا نفقة لها
وقوله وان ارتدا معا واضح ووجهه ما روي ان بني حنيفة وهم حي من العرب قبيلة ارتدوا لمنع الزكوة وبعث
اليهم ابو بكر الصديق رضي الله عنه الجيوش فاسلموا ولم يأمرهم بتجديد الانكحة والصحابة رضي الله عنهم متوافرون
فحل ذلك محل الاجماع يتمسك به العلماء فان قيل الارتداد لم يقع منهم دفعة اجاب بقوله والارتداد
واقع منهم معا حكما لجهالة التاريخ فان التاريخ اذا جهل لم يحكم بتقدم شيء على شيء وانما يجعل في
الحكم كانه وجد جملة واحدة ولو اسلم احدهما بعد الارتداد اي بعد ارتدادهما فسد النكاح لاصرار الآخر
على الردة لانه مناف كابتدائها على ما تقدم ثم ان كانت المرأة هي التي اسلمت قبل الدخول بها فلها نصف

المهر عندنا وان كان الزوج فلا شيء لها لان الفرقة جاءت من جانبها بالاصرار على الردة فان اكار
بعد الاسلام الآخر كانشاء الردة **باب القسم** لما ذكر جواز عدد من النساء لم
يكن بد من بيان العدل الوارد من الشارع في حقهن في باب على حدة لكن اعتراض ما هو اهم
بالذكر من بيان جواز النكاح وعدمه الراجعين الى امر الفروج وغيرهما اوجب تأخيره والقسم
بفتح القاف مصدر قسم القسام المال بين الشركاء فرقه بينهم وعين انصباءهم ومنه
القسم بين النساء وقد وقع في اكثر النسخ واذا كان للرجل امرأتان بتذكير كان مع اسناده الى
المؤنث الحقيقي لوقوع الفصل كما في قولك حضر القاضي اليوم امرأة وكلامه واضح وقوله ولا فصل
فيما رويناه يعني بين البكر والثيب والقديمة والجديدة سواء الاطلاق ما رويناه من غير تفرقة بين الجديدة
والقديمة وقال الشافعي ان كانت الجديدة بكرا فضلها بسبع ليال وان كانت ثيبا فبثلاث ثم
التسوية بعد ذلك لحديث ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال يفضل البكر بسبع والثيب
بثلاث والحاصل ان الاختلاف في موضعين في الفرق بين البكر والثيب وفي تفضيل الجديدة على
القديمة فنفى المصنف رح الاول بقوله ولا فصل فيما رويناه والثاني بقوله لاطلاق ما رويناه وما
رواه محمول على التفضيل بالبداءة دون الزيادة كما ذكر في حديث ام سلمة رضي الله عنها انه عليه السلام
قال ان شئت سبعت لك وسبعت لهن ونحن نقول للزوج ان يبتدئ بالجديدة ولكن بشرط
ان يسوي بينهما ولان القسم من حقوق النكاح كالنفقة ولا تفاوت في ذلك بين البكر والثيب والجديدة
والقديمة كما لا تفاوت بين المسلمة والكتابية والبالغة والمراهقة والمجنونة والعاقلة والمريضة
والصحيحة لمساواة بينهن في سبب هذا الحق وهو الحل الثابت بالنكاح وكذلك في طرف الرجل
المجبوب والخصي والعنين والغلام الذي يحتلم اذا دخل بامرأتين يجب عليهم القسم وقوله
والاختيار في مقدار الدور للزوج ظاهر وقوله ولان حل الامة انقص من حل الحرة يدل عليه
انه لا يجوز نكاح الامة على الحرة ولا يجوز بعدها وانما يجوز قبلها وموضعه اصول الفقه فلا بد من اظهار
النقصان في الحقوق لان الحكم يثبت بقدر دليله والمكاتبة والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة لان
الرق فيهن قائم فيكون لهن الثلث من القسم كالامة وقوله ولا حق لهن في القسم حالة السفر
هذا الكلام يشتمل على ثلث مسائل احدها ان القرعة مستحبة عندنا وعند الشافعي مستحقة والثانية
انه اذا سافر بواحدة من غير قرعة ثم رجع هل للباقيات ان يحتسبن تلك المدة ام لا عندنا ليس
لهن ذلك خلافا له وهذه بناء على الاولى لان الاقراع اذا كان مستحقا ولم يفعله كانت مدة سفره
نوبة التي كانت معه فينبغي ان يكون عند الاخرى مثل ذلك ليتحقق العدل ولكنا نقول وجوب التسوية
في وقت استحقاق القسم عليه وفي حالة السفر ليس بمستحق فلا يوجب التسوية فلا يكون المدة محسوبة

السلام

وقوله بالزيادة الا انه تبيين ما دون عشر على ما ذكر انه قال الكرخي الثلثان
من القسم وللامة الثلث [illegible] على الاجماع

من نوبتها وانما قلنا ان لبعضهن ان رضيت بترك قسمها لصاحبتها جاز وان رجعت في ذلك فكذلك
وكلامه واضح وقوله لانها اسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط توضيحه ان الاسقاط انما يكون في
القايم لان ما ليس كذلك كان الرجوع عنه امتناعا لا اسقاطا فكان بمنزلة العارية وللمعير ان يرجع متى
شاء لما قلنا فكذا هذا والله اعلم بالصواب

كتاب الرضاع

لم يذكر عامة مسايل الرضاع في فصل المحرمات واتى بكتاب له على حدة لما ان له احكاما جمة مخصوصة به لا
يشاركه فيها غيره فسبب الحرمة بالرضاع الجزئية بنشوز العظم وانبات اللحم كالجزئية بالاعلاق
في حرمة المصاهرة وكما ان الاعلاق امر خفي وله سبب ظاهر اقيم مقامه وهو الوطي كذلك نشوز
العظم وانبات اللحم امر خفي له سبب ظاهر وهو الارضاع فاقيم مقامه والرضاع بفتح الراء وهو
الاصل وبكسرها وهو لغة فيه مص اللبن من الثدي وفي الشريعة عبارة عن مص شخص مخصوص وهو ان
يكون صبيا رضيعا من ثدي مخصوص وهو ثدي الادمية في وقت مخصوص على ما يذكر بعد وقليل الرضاع
وكثيره اذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم عندنا وقال الشافعي رح لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات
يكتفي الصبي بكل واحدة منها لقوله عليه السلام لا يحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان و
المصة فعل الرضيع والاملاجة فعل المرضع وهو الارضاع ووجه الاستدلال به انه يدل على ان القليل منه غير
محرم واما ان منحصر في خمس مشبعات فليس له دلالة على ذلك لكن لما انتفى به مذهب خصمه يثبت مذهبه لعدم
القايل بالفصل وفيه نظر لان من اصحاب الظواهر من يقول بثلث رضعات مشبعات ولو تمسك بحديث عايشة
رضي الله عنها كان فيما انزل عشر رضعات معلومات يحرمن فنسخن بخمس رضعات معلومات يحرمن
وكان ذلك مما يتلى بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ادل على المطلوب لكن قولها مما يتلى بعد رسول الله عليه السلام
يضعفه لانه لا نسخ بعده ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم وقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم
من النسب من غير فصل يعني في الكتاب والسنة والزيادة على الكتاب بخبر الواحد لا يجوز على ما عرف وقوله ولان
الحرمة وان كانت لشبهة البعضية دليل معقول يتضمن جواب سوال مقدر تقريره تحريم الرضاع باعتبار انشاز
العظم وانبات اللحم وليس ذلك في القليل وتقرير الجواب الحرمة وان كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشوز
العظم وانبات اللحم لكنه امر مبطن فتعلق الحكم بفعل الارضاع وقوله وما رواه جواب عن استدلال الخصم
بان ما روينا اما مردود بالكتاب لان العمل به اقوى على تقدير ان يكون الكتاب قبله او منسوخ ان كان بعده والانشار
بالراء الاحياء وفي التنزيل ثم اذا شاء انشره ومنه لا رضاع الا ما انشز العظم وانبت اللحم اي قواه وشده
كانه احياه ويروى بالزاء كذا في المغرب وقوله وينبغي ان يكون في مدة الرضاع ظاهر وقوله لان الحول
حسن للتحول من حال الى حال باعتبار الحول الموجب لتغير الطباع ولا بد من الزيادة على الحولين لما بيننا
يعني في وجه قول ابي حنيفة رح فيقدر اي الزيادة به اي بالحول ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ووجه
الاستدلال ما ذكر انه جعل مدة الحمل والفصال ثلثين شهرا ومدة الحمل ادناها ستة اشهر فبقي
للفصال حولان وقوله عليه السلام لا رضاع بعد حولين ولابي حنيفة رح هذه الاية يعني قوله وحمله وفصاله
ثلثون شهرا ووجهه ما ذكر ان الله تعالى ذكر شيئين يعني الحمل والفصال وضرب لهما مدة وهو
قوله ثلثون شهرا فكل ما كان كذلك كانت المدة لكل واحد منهما بكمالها كما في الاجل المضروب للدينين
مثل ان يقول لفلان علي الف درهم وخمسة اقفزة حنطة الى شهرين يكون الشهران اجلا لكل واحد
من الدينين بكمالها الا انه قام المنقص في احدهما يعني الحمل وهو حديث عايشة رضي الله عنها الولد
لا يبقى في بطن امه اكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل فان قلت هذا المنقص على تقدير كونه حديثا يلزم
به تغيير الكتاب وهو لا يجوز اجيب بان الكتاب مأول فان عامة اهل التفسير رحمهم الله جعلوا الاجل
المضروب للدينين منوزعا عليهما فلم يكن دلالة الكتاب على ما استدل به المص قطعية ويؤيده ما روي
ان رجلا تزوج امراة فولدت لستة اشهر فجيء بها الى عثمان رضي الله عنه فشاور في رجمها فقال ابن عباس
ان خاصمتكم بكتاب الله خاصمتكم قالوا كيف قال ان الله تعالى يقول وحمله وفصاله ثلثون شهرا وقال
والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين فحمله ستة اشهر وفصاله حولين فتركها واذا لم
يكن دلالته على ذلك كذلك لم يلزم التغيير وانما يلزم اثبات مسئلة فرعية باية مؤولة ولا بعد فيه
ولانه لا بد من تغير الغذاء لينقطع الانبات باللبن ويحصل تغيره ابقاء لحيوته وذلك اي التغيير
بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره لان القطع عن اللبن دفعة من غير ان يتعود غيره مهلك وهذا
هو الذي وعده المص لزفر لكنه قدر بسنة كما في العنين وقدرنا بادنى مدة الحمل لانها مغيرة فان غذاء
الجنين تغاير غذاء الرضيع فان غذاء الجنين كان غذاء امه ثم صار لبنا خالصا كما ان غذاء الرضيع يغاير
غذاء الفطيم لان غذاء الرضيع اللبن مرة والطعام اخرى لانه يفطم تدريجا فكان الحاصل انه لا بد من
تغير الغذاء وتغير الغذاء بستة اشهر فلا بد من ستة اشهر وقوله والحديث محمول يعني قوله عليه السلام
لا رضاع بعد الحولين محمول على مدة الاستحقاق وابهم المص رح الاستحقاق لان بعضهم قال المراد من لا رضاع
بعد حولين لا يستحق الولد الرضاع بعد حولين وقال بعضهم نفي استحقاق الاجرة وكثير منهم قالوا ان مدة
الرضاع في حق استحقاق الاجر على الاب مقدرة بحولين عند الكل حتى لا يستحق المطلقة اجرة الرضاع بعد الحولين
بالاجماع وهذا لان قوله عليه السلام لا رضاع لنفي الجنس وعينه قد يوجد بعد حولين فكان عدم الوجوب وعدم
الجواز محتملا فلم يكن حجة وعليه اي وعلى الاستحقاق يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب يعني قوله تعالى والوالدات
يرضعن اولادهن حولين كاملين بدليل قوله بعده فان ارادا فصالا عن تراض فانه ذكر بحرف الفاء معلقا
له بالتراضي ولو كان الرضاع بعده حراما لم يعلق به لانه لا اثر للرضا في ازالة المحرم شرعا وقوله واذا
مضت يعني واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم سواء فطم او لم يفطم واذا فطم قبلها لم يعتبر الفطام

الا في رواية عن ابي حنيفة رح حتى لو فطم صبي قبل الحولين او قبل ثلثين شهرا عند ابي حنيفة ثم ارضعته امراة قبل
ان يمضي عليها مدة الرضاع تتعلق به التحريم في ظاهر الرواية دون رواية الحسن اذ استغنى عنه وما في الكتاب ظاهر
ومن الناس من سوى بين الصغير والكبير في حرمة الرضاع تشبثا بظواهر النصوص وهو فاسد لان المذكور في
ظواهرها الرضاع وهو يقتضي رضيعا لا محالة والكبير لا يسمى رضيعا وروي ان ابا موسى الاشعري رح سئل عن
رضاع الكبير فاوجب الحرمة ثم اتوا عبد الله بن مسعود فسألوه عن ذلك فقال اترون هذا الاشمط رضيعا فيكم
فلما بلغ ابا موسى قال لا تسألوني عن شيء ما دام هذا الحبر بين اظهركم وقد اتفقت الصحابة على هذا قال
يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب لما روينا من قوله عليه السلام يحرم من الرضاع
ما يحرم من النسب الا صورتين ذكرهما المص وهو واضح وقوله الا ام اخته من الرضاع جاز ان يتعلق بالاخت مثل
ان يكون للرجل اخت من الرضاعة ولها ام من النسب فانه يجوز له ان يتزوج ام اخته التي كانت امها
من النسب وجاز ان يتعلق بالام مثل ان يكون له اخت من النسب لها ام من الرضاعة فانه يجوز له ان
يتزوج ام اخته التي كانت امها من الرضاعة وجاز ان يتعلق بهما جميعا مثل ان يجتمع الصبي والصبية
الاجنبيان على ثدي امراة اجنبية وللصبية ام اخرى من الرضاعة فانه يجوز لذلك الصبي ان يتزوج
ام اخته التي كانت لام من الرضاعة التي انفردت بها رضيعا وقوله لما روينا اشارة الى قوله عم
يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقوله لاسقاط اعتبار التبني فان حليلة الابن المتبنى كانت
حراما في الجاهلية فان قيل لم لا يجوز ان يكون لاسقاط حليلة ابن الرضاع او لاسقاطهما جميعا وما وجه
جانب حليلة الابن المتبنى في الاسقاط اجيب بان حرمة حليلة ابن الرضاع ثابتة بالحديث المشهور وهو قوله
عليه السلام يحرم من الرضاع الحديث فحملناه على حليلة الابن المتبنى لئلا يلزم التدافع بين موجب الكتاب والسنة
وقوله ولبن الفحل من باب اضافة الشيء الى سببه لان سبب اللبن انما هو الفحل وكلامه واضح وقوله عليه السلام
لعائشة رضي الله عنها ليلج عليك افلح لانه عمك من الرضاعة دليل واضح على ذلك فان عائشة رضي الله عنها
ارتضعت من امراة قعيس وكان اسم اخ قعيس افلح فلما كانت تلك المراة امها لكان زوجها اباها
واخ الزوج عما لا محالة وروي انها قالت يا رسول الله ان افلح بن ابي قعيس دخل علي وانا في ثياب فضل
فقال ليلج عليك فانه عمك من الرضاعة فقالت انما ارضعتني المراة لا الرجل فقال عمك من الرضاعة وذا لا يكون
الا باعتبار لبن الفحل ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه في موضع الحرمة احتياطا فان قيل ما قام
مقام الشيء في اثبات الحكم اما ان يكون مثل ذلك او دونه لا محالة وههنا لو ارتضع الصبي من ثندوة الرجل
نفسه اذا نزل منه اللبن لا يثبت حرمة الرضاع فكيف يثبت منه بارتضاع اللبن بسببه ولا يثبت من اللبن
الحاصل من نفسه اجيب بان افتراق الحكم لافتراق الوصف وذلك لان معنى الذي لاجله يثبت الحرمة بسبب الرضاع
لا يوجد في ارضاع الرجل فان ما ينزل من ثندوة الرجل لا يتغذى به الصبي ولا يحصل به انبات اللحم وهو نظير

وطي

٣٧

وطي الميتة في انه لا يوجب حرمة المصاهرة وان كان السبب موجودا وانما اختاروا هذه العبارة وهي
ملتبسة فانها توهم ان المراد به ما ينزل من ثندوته ليعلم ان المراد به ما ينزل من المراة بسبب الولادة
او الحبل من زوجها حتى لو نزل لها لبن بدونهما كما ينزل للبكر كان ذلك اللبن لبن المراة خاصة لا
لبن الفحل وان كانت تلك المراة تحت زوجها وليس حل الوطي في الاحبال شرط الحرمة حتى لو زنى بامراة
فولدت منه فارضعت بهذا اللبن صبية كان لبن الفحل لاجل الزاني هذا ان يتزوج بهذه الصبية ولا
لابيه ولا لابنه ولا لابنائه اولاده لوجود البعضية بين هؤلاء وبين الزاني وقوله ويجوز ان يتزوج
الرجل واضح وقوله وكل صبيين اجتمعا غلب الصبي على الصبية كما في القمرين للشمس والقمر على ثدي
واحد اي ثدي امراة واحدة لانهما لو اجتمعا على ضرع بهيمة واحدة لا يثبت التحريم كما سيجيء وهذا لان
ثبوت هذه الحرمة بطريق الكرامة وذلك يختص بلبن الادمية دون الانعام وقوله ولا يتزوج المرضعة
احدا من ولد التي ارضعت قال في النهاية المرضعة بصيغة اسم المفعول وبالرفع على الفاعلية ونصب
احدا على المفعولية من ولد التي على طريق الاضافة هذا هو الاصل من النسخ وفي نسخة اخرى ولا يتزوج
المرضعة احدا من ولد التي ارضعت بعكس الاولى في الفاعلية والمفعولية وهذا ايضا صحيح فكان
كلاهما بخط شيخي ونسختان اخريان ليستا بصحيحتين وهما بعد صيغة اسم الفاعل في المرضعة كونها فاعلة
او مفعولة على ما ذكرنا ولكن هذين التقديرين لا بد وان يكون من الولد الذي ارضعته معرفا باللام
وكلامه ظاهر وقوله واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب فيس محمد رح الغلبة فقال ان لم يغير
الدواء اللبن يثبت الحرمة وان غير لا يثبت وقال ابو يوسف رح ان غير طعم اللبن ولونه لا يكون
رضاعا وان غير احدهما يكون رضاعا وقوله خلافا للشافعي عنده اذا اختلط مقدار ما يحصل به خمس
رضعات من اللبن في حب من الماء فشربه الصبي تثبت به الحرمة هو يقول موجود حقيقة فيكون
معتبرا لان المحسوس لا ينكر ونقول مغلوب والمغلوب في مقابلة الغالب غير موجود حكما كما في اليمين
حلف لا يشرب لبنا وشرب لبنا مخلوطا بالماء والماء غالب على اللبن لا يحنث فان قيل فعلى هذا ان
اعتبرت جهة الحكم لم يثبت به حرمة الرضاع وان اعتبرت جهة الحقيقة يثبت لان اللبن موجود
حقيقة وان قل فعند التعارض يرجح المحرمة احتياطا اجيب بان التعارض لم يثبت لان التعارض
عبارة عن تقابل الحجتين على السواء وههنا لم يثبت المساواة بينهما لان للغالب فضلا ذاتيا وللمغلوب
فضلا حاليا وهو جهة الحرمة وكان الترجيح لمعنى راجع الى الذات لا لمعنى راجع الى الحال وهذا كما ترى
متناقض لانه نفى التعارض واثبت الترجيح بالفضل الذاتي ولا ترجيح الا بعد التعارض والصواب
ان يقال لا تعارض لان الحقيقة لا تعارض الحكم لان الحرمة بالرضاع امر حكمي فما لم يكن في الحكم موجودا
لا مدخل له فيه سلمنا لكن تعارضهما ترجيح احدهما راجع الى الذات والاخر الى الحال والاول اولى

وموضعه الاصول وتوتيد ماذكرنا ما اذا وقع قطرة من الدم او الخمر في حب من الماء نجسته وان غلب الماء حقيقة
لانه لم يكن غالبا حكما لان غلبة الماء في الحكم هو ان يكون عشرا في عشر وما دونه في حكم القليل فلم يكن الحقيقة معارضة
للحكم بل كانت مرجوحة معه وقوله واذا اختلط اللبن بالطعام واضح وقوله لا يتعلق به التحريم في
قولهم جميعا يعني سواء كان غالبا او مغلوبا اما اذا كان مغلوبا فظاهر واما اذا كان غالبا فلانه اذا طبخ
بالطعام يصير اللبن تبعا بالطعام وان كان غالبا لا يسمى لبنا مطلقا وقوله فصار كالمغلوب فيه نظر
لان المغلوب غير موجود حكما اما ما لم يكن مغلوبا ويكون كالمغلوب فلا نسلم انه ليس بموجود والجواب ان
هذه مناقشة لفظية تندفع بجعل الكاف زائدة وقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم في قول ابي حنيفة
ان ذلك عنده اذا لم يتقاطر اللبن من الطعام عند حمل اللقمة فاما اذا كان يتقاطر منه فيثبت به الحرمة
عنده لان القطرة من اللبن اذا دخلت حلق الصبي كانت كافية لاثبات الحرمة والاصح انه لا تثبت
على كل حال عنده لان التغذي بالطعام لانه هو الاصل دون اللبن والمعتبر ما يقع به التغذي الموجب لانبات اللحم
وان خلط بالدواء واللبن غالب فيه تعلق به التحريم لان اللبن يبقى مقصودا فيه حيث جعل غالبا والدواء
يخلط به لتقويته على الوصول الى ما يصل اليه بانفراده فان قلت اذا كان الدواء للتقوية على الوصول وجب
ان يستوي الغالب والمغلوب لان وصول قطرة منه محرم قلنا النظر ههنا الى المقصود فاذا كان غالبا كان
القصد الى التغذي به والدواء لتقويته على الوصول واذا كان مغلوبا كان القصد الى التداوي واللبن لتسوية
الدواء يلوح الى هذا قوله واذا خلط دون اختلط وقوله لان اللبن يبقى مقصودا قال واذا اختلط
اللبن بلبن شاة صورة المسئلة ظاهرة وكذا تعليل ابي يوسف رح في المسئلة الثانية لما ذكرنا ان المغلوب
كالمستهلك لعدم بقاء منفعته كما اذا اصب كوز من الماء العذب في البحر ووجه قول محمد وزفر ان الغلبة لما
غير متصورة لان الجنس لا يغلب الجنس اذ الغلبة بالاستهلاك والشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لان الاستهلاك بفوات
منفعة المستهلك وذلك يقتضي اختلاف المقصود والمقصود متحد واذا لم يتصور الغلبة كانا متساويين في
المقصود فيتحقق الرضاع من القليل صورة ومعنى فيثبت الحرمة بهما جميعا وعن ابي حنيفة رح في هذا روايتان
في رواية قوله كقول ابي يوسف وبه قال الشافعي في قول وفي رواية كقول محمد وزفر رحمهما الله واصل المسئلة في الايمان
فيما اذا حلف لا يشرب من لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة اخرى وهو غالب فشرب به فهو على هذا الاختلاف
عند ابي يوسف لا يحنث لان المغلوب كالمستهلك وعند محمد يحنث لان الشيء يتكثر بجنسه لا يصير مستهلكا وقوله
واذا نزل للبكر لبن ظاهر واذا حلب لبن المراة بعد موتها فاوجر الصبي تعلق به التحريم خلافا للشافعي قيد
بالموت لانه لو حلب قبل الموت واوجر بعد الموت كان قوله كقولنا على الاظهر وهو يقول الاصل في ثبوت الحرمة هو
المراة لان الحرمة تثبت بينهما ثم يتعدى منها الى غيرها بواسطتها وبالموت لم يبق محلا لها لعدم الفائدة ولهذا
لا يوجب وطئها حرمة المصاهرة لانها الاصل في الحرمة ولم يبق محلا لها حتى يتعدى الى غيرها ولنا ان السبب

ما هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن بمعنى الانشار والانبات وهو قائم باللبن لان الموت لم يخرجه عن كونه مغذيا
كما انه لم يخرج لحمه عن ذلك والغاين لم تخص في ظهور الحرمة فيها بل يظهر في الميتة دفنا وتيمما بان كان
لهذه المرضعة التي اوجر لبن هذه الميتة في فمها زوج فان لهذا الزوج ان يدفن ويتيمم الميتة لانه صار
محرما لها حيث صارت ام امراته وقوله واما الحرمة جواب عن قوله ولهذا لا يوجب وطئها حرمة
المصاهرة يعني ان حرمة المصاهرة بالوطء انما يثبت بلاقاته لمحل الحرث ليثبت به الجزئية ومحل الحرث
قد زال بالموت فافترقا وقوله واذا احتقن باللبن قال في النهاية صوابه حقن لا احتقن يقال
حقن المريض داواه بالحقنة واحتقن الصبي غير صحيح لعدم قدرته على ذلك في مدة الرضاع واحتقن
مبنيا للمفعول غير جائز فتعين حقن ولكن ذكر في تاج المصادر الاحتقان حقنة كردن فجعله متعديا
فعلى هذا يجوز استعماله مبنيا للمفعول وهو الاكثر في استعمال الفقهاء وكلامه ظاهر وقوله وهذا لان
اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة بيانه ان الله تعالى خلق اللبن في الاصل لغذاء الولد لعدم
احتماله لساير الاطعمة والاشربة في ابتداء حاله ليقوم مقام الطعام والشراب فلهذا اختص اللبن على
التحقيق ممن يتصور منه الولادة كذا في النهاية وهذا لا يفيد الاختصاص بمن يتصور منه الولادة
اذا تاملت لكن اختصاصه بالانثى المولود من الحيوان وهو الذي يكون اذونا لا صموخا في غير الادمي
مما هو ثابت بالاستقراء لم يتخلف وهو دليل على ان ما في الادمي في الذكر ليس بلبن على التحقيق كدم
السمك وقوله واذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم لانه لا جزئية بين الادمي والبهايم والحرمة
باعتبارها وذكر في المبسوط في هذا حكاية وهي ان محمد بن اسماعيل البخاري صاحب الاخبار كان
يقول يثبت به حرمة الرضاع فانه دخل بخارى في زمن الشيخ ابي حفص الكبير رح وجعل يفتي فقال له الشيخ
لا تفعل فانك لست هنالك فابى ان يقبل نصيحته حتى استفتي عن هذه المسئلة فافتى بثبوت الحرمة فا جتمعوا
واخرجوه من بخارا قال واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة اذا تزوج الرجل صغيرة و
كبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا عليه لانه يصير جامعا بين الام والبنت رضاعا وذلك حرام
كالجمع بينهما نسبا اما الكبيرة فان حرمتها مؤبدة وكذلك الصغيرة ان دخل بالكبيرة وان لم يدخل بها جاز
التزوج بالصغيرة لانها ربيبة لم يدخل بامها ثم انه ان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها لان الفرقة جاءت من قبلها اولم
يتعقد لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة لم تجئ من قبلها
فان قيل العلة للفرقة الارتضاع وهي فعلها فلم لم تضف الفرقة اليها اجاب بقوله والارتضاع وان
كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر شرعا في اسقاط حقها الا يرى انها لو قتلت مورثها لم تحرم عن
الميراث واعترض عليه بصغيرة مسلمة تحت مسلم ارتد ابواها ولحقا بها بدار الحرب بانت من زوجها
ولا نصف لها شيء من المهر ولم يوجد الفعل منها والجواب انا قد قلنا كلما وقعت الفرقة بفعل من جهتها سقطت

حقها ولم يلزم ان كل ما لم يقع الفرقة بفعل من جهتها لم يسقط حقها لانه اذا لحقها امر اخرجها عن محلية النكاح
كالردة الحاصلة بتبعية الابوين سقطت حقها ويرجع به اى بما ادى الزوج من نصف مهر الصغيرة على الكبيرة
ان كانت تعمدت الفساد بان قصدت بالارضاع افساد النكاح وان لم تتعمد بان قصدت رفع الهلاك عنها
جوعا فلا شيء عليها وان علمت ان الصغيرة امرأة زوجها وعن محمد رح انه يرجع عليها في الوجهين جميعا يعني
في تعمد الفساد وعدمه لان من اصله ان المسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفص والاصطبل وحل قيد
الابق موجبا للضمان على ما عرف في الاصول وفي المباشرة المتعدي وغير المتعدي سواء فكذلك في السبب والصحيح
ظاهر الرواية لانها وان اكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر بتقبيل ابن الزوج اذا بلغت حدا
تشتهى وذلك يجري مجرى الاتلاف في ايجاب الضمان لكنها مسببة في ذلك التاكيد لا مباشرة اما لان الارضاع
ليس بافساد النكاح وضعا لانه وضعت لتربية الصغيرة لا لافساد النكاح وانما يثبت الافساد باتفاق
الحال بتاديته الى الجمع بين الام والبنت في ملك رجل نكاحا اولان افساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر لانه
غير مضمون بالاتلاف لكونه غير متقوم في نفسه لانه ليس بملك عين ولا منفعة على التحقيق ولهذا لا يقدر على
بيعه وهبته واجارته وانما هو ملك ضروري يظهر في حق الاستيفاء بل هو سبب لسقوط لان ما يفوت به
المبدل يفوت به البدل ايضا وتقرير كلام الكبيرة بارضاعها مسببة في تاكيد ما كان على شرف السقوط
لا مباشرة لان الارضاع ليس بافساد النكاح وضعا كما تقرر سلمنا ان الارضاع افساد النكاح
لكن افساده ليس بسبب لالزام المهر لما تقرر ايضا فان قيل اذا لم يكن سببا للالزام كيف وجب
على الزوج نصف المهر اجاب بقوله الا ان نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف في باب المهر والمتعة
يجب بالنص ابتداء بقوله تعالى ومتعوهن لان المعقود عليه عاد اليها سالما لكن من شرط وجوبه اى
وجوب نصف المهر بطريق المتعة ابطال النكاح فكانت صاحبة شرط وهي مسببة واذا كانت مسببة
يشترط فيه التعدي كما في حفر البئر وانما يكون متعدية اذا علمت بالنكاح وعلمت ان الارضاع
مفسد وقصدت به الفساد اما اذا لم تعلم بالنكاح او علمت به ولم تعلم ان الارضاع مفسد او علمت
به لكن وجدت (قصدت) رفع الهلاك عن الصغيرة جوعا لا تكون متعدية لكونها ماجورة بذلك اى بالارضاع
لدفع الهلاك فان قيل الجهل بحكم الشرع في دار الاسلام ليس بعذر فكيف جعل جهل المرأة بفساد النكاح
عذرا في حق عدم وجوب الضمان عليها اجاب بقوله وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم
وتقريره ان الحكم الشرعي وهو وجوب الضمان يعتمد التعدي والتعدي انما يحصل بقصد الفساد والقصد
الى الفساد انما يتحقق عند العلم بالفساد فاذا انتفى العلم بالفساد انتفى قصد الفساد فكان اعتبار الجهل
لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم فان قلت دفع قصد الفساد يستلزم رفع الحكم فكان اعتبار الجهل
لدفع الحكم قلت لزم ذلك ضمنا فلا معتبر به وقوله ولا يقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات عن الرجال

اجنبيات

اجنبيات كن او امهات لاحد الزوجين واحدة كانت او اكثر وقال الشافعي رح تقبل شهادة اربع
منهن وقال مالك رح يقبل شهادة واحدة اذا اتصفت بالعدالة وجه قول الشافعي ان الرضاع يكون بالثدي
ولا يطلع على ذلك رجل لحرمة النظر اليه وعنده ان شهادة اربع منهن شرط في ما لا يطلع عليه الرجال
لتقوم كل امرأتين مقام رجل وقلنا هو مما يطلع عليه الرجال من ذوي المحارم يحل لهم النظر الى ثديها
ووجه قول مالك ان الحرمة حق من حقوق الشرع فيثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد
انه ذبيحة المجوسي فانه ينبغي للمسلم ان لا ياكل منه ولا يطعم غيره لان المخبر اخبره بحرمة العين و
بطلان الملك فيثبت الحرمة مع بقاء الملك ثم لما ثبتت الحرمة مع بقاء الملك لا يمكنه الرد على بايعه ولا يحبس
الثمن عن البايع ولنا ما ذكر في الكتاب وهو واضح لا يحتاج الى بيان والله اعلم بالصواب

كتاب الطلاق

لما كان الطلاق متأخرا عن النكاح طبعا اخر عنه وضعا ليوافق الوضع الطبع والطلاق في اللغة
عبارة عن رفع القيد وفي عرف الفقهاء عبارة عن حكم شرعي برفع القيد النكاحي بالفاظ مخصوصة و
سببه الحاجة المحوجة اليه وشرطه كون المطلق عاقلا بالغا والمرأة في النكاح او عدته التي يصلح بها
محلا للطلاق وحكمه زوال الملك عن المحل بالطلاق واقسامه ما نذكره

باب طلاق السنة

ذهب بعض الناس الى ان ايقاع الطلاق ليس بمباح الا عند الضرورة لقوله عليه السلام لعن الله كل ذواق
مطلاق والعامة على اباحته بالنصوص المطلقة كقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن
وامثالها واقسامه ثلثة حسن واحسن وبدعي على ما ذكر في الكتاب وهو ظاهر وقوله ولانه ابعد من
الندامة ابقى لنفسه مكنة التدارك بان يراجعها في العدة وبعدها بتجديده من غير استحلال واقل ضررا
بالمرأة حيث لم يبطل محليتها نظرا اليه لان انتساخ المحلية نعمة في حقها فلا يتكامل ضرر الايحاش
وقوله ولا خلاف لاحد في الكراهية اى في عدم الكراهة يعني لم يقل احد بكراهة هذا الطلاق وقوله
لان الاصل في الطلاق هو الحظر لانه قطع النكاح الذي هو سنة فيكون محظورا وقوله والاباحة لحاجة الخلاص
اى لضرورة التخليص عنها بتباين الاخلاق وتنافر الطباع وهذا المعنى يحصل بالواحدة فلا يحتاج الى الثانية
ولنا قوله عليه السلام في حديث ابن عمر رضي الله عنهما وهو ما روى البخاري وغيره مسندا الى نافع عن عبد الله
بن عمر رضي الله عنهما انه طلق امرأته وهي حايض على عهد رسول الله عليه السلام فسال عمر بن الخطاب رسول الله
عن ذلك فقال عليه السلام مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء امسك بعد و
ان شاء طلق قبل ان يمس فتلك العدة التي امر الله تعالى ان يطلق لها النساء واشار به الى قوله تعالى فطلقوهن
لعدتهن فان شاء امسك بعد وان شاء طلق خيره بين الامساك والطلاق ولو كان الطلاق الثاني بدعة
لما فعل ذلك كذا في بعض الشروح وليس هذا شرح ما في الكتاب وانما شرحه ما روي ان رسول الله عليه السلام

ولم يسند ايضا الى نافع من ما روى تقديره ما رواه

قال لابن عمر رضي الله عنهما حين طلق امراته وهي حايض ما هكذا امرك الله انما السنة ان تستقبل الطهر استقبالا
وتطلقها لكل قرء تطليقة وقوله عليه السلام فلان الحكم يدار على دليل الحاجة بيانه ان الاصل في الطلاق الحظر
كما قال مالك والاباحة للحاجة بسبب العجز عن الامساك بالمعروف عند عدم موافقة الاخلاق والحاجة بسبب
العجز امر مبطن فاقيم دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة فيها وهو الطهر الخالي عن
الجماع مقامها فكلما تكرر دليل الحاجة جعلت كان الحاجة الى الطلاق تكررت فابيح تكرار الطلاق المفرق
على الاطهار وقوله ثم قيل اختلف المشايخ في هذا الطلاق فقال بعضهم يؤخر الايقاع الى اخر الطهر احترازا
عن تطويل العدة وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة واختاره بعض المشايخ وقال بعضهم يطلقها كما طهرت
لانه لو اخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع قال المصنف والاظهر ان يطلقها
كما طهرت جعل هذا اظهر لان محمدا رح قال في الاصل واذا اراد ان يطلقها ثلثا طلقها واحدة اذا طهرت من
الحيضة وطلاق البدعة ان يطلقها ثلثا بكلمة واحدة او ثلثا في طهر واحد وهو حرام عندنا لكنه اذا
فعل وقع الطلاق وبانت منه وحرمت حرمة غليظة وكان عاصيا وقال الشافعي كل طلاق مباح يعني
في حد ذاته وانما قلت ذلك لئلا يرد على تعميمه الطلاق حالة الحيض وفي طهر قد جامعها فيه فان الطلاق
في هذين الوقتين حرام عنده وايضا قال في تعليله لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم وهو وقوع الطلاق
وكل ما هو مشروع لا يكون محظورا لان المشروعية لا تجامع الحظر فان قيل فكيف يصح العموم والطلاق
في حالة الحيض حرام اجاب بقوله بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق
وكذلك يقول المحرم فيما اذا طلقها في طهر جامعها فيه التباس امر العدة عليها فانه اذا طلقها فيه تلتبس امر العدة
عليها لا تدري اهي حامل فتعتد بوضع الحمل او حائل فتعتد بالاقراء ثم قال لا اعرف في الجمع بدعة ولا في التفريق
سنة بل الكل مباح ولنا ان الطلاق الاصل فيه الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح
الدينية من تحصين الفرج عن الزنا المحرم في جميع الاديان والدنيوية لما فيه من السكن والازدواج و
اكتساب الولد وكل ما هو كذلك ينبغي ان لا يجوز وقوعه في الشرع الا انه ابيح للحاجة الى الخلاص كما تقدم
ولا حاجة الى الجمع بين الثلث فان قيل فكما لا حاجة الى الجمع بين الثلث فكذا لا حاجة الى المفرق على الاطهار
اجاب بقوله وهي اي الحاجة في المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد
الرغبة وهو الطهر كما تقدم والحكم يدار على دليل الحاجة لكونها امرا مبطنا فان قيل دليل الحاجة انما يقام مقام
الحاجة فيما يتصور وجودها وههنا لا يتصور لان الحاجة الى الخلاص عن عهدة النكاح في الطهر الثاني والثالث
مع ارتفاع النكاح بالاول غير متصورة اجاب بقوله والحاجة في نفسها باقية يعني لاحتمال ان يكون سيئة الا
بذية اللسان فيسئمه الزوج بابا امكان التدارك مع صفائه عن عروض الندم قال فخر الاسلام وعلى هذا
يجب ان يباح الثلث جملة لكنها علة تعارض النص فلم يؤثر واظن انه اراد بالنص قوله تعالى الطلاق مرتان

فانه يدل على

فانه يدل على انه ويجوز ان يراد قوله عليه السلام لابن عمر ان من السنة ان تستقبل الطهر استقبالا الحديث
وقوله والمشروعية في ذاته جواب عن قوله والمشروعية لا تجامع الحظر ووجهه ان المشروع لذاته لا
يجوز ان يكون محظورا لذاته اما اذا كان المشروعية لذاته والحظر لمعنى في غيره كما ذكرنا من فوت
مصالح الدين والدنيا فلا تنافي اذ ذاك كالبيع وقت النداء والصلوة في الارض المغصوبة وقد قررناه
في التقرير وكذا ايقاع ثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا انه لا حاجة الى الجمع بين الثلث وقوله
واختلفت الرواية ظاهر قال والسنة في الطلاق من وجهين السنة في الطلاق من
وجهين احدهما في الوقت والاخر في العدد فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغيرها وقد
ذكرناها وهي ان لا يزيد على الواحدة وسمي الواحد مجازا لكونه اصل العدد وهو ما يكون نصف حاشيته عددا
والسنة في الوقت في المدخول بها خاصة وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لما ذكرنا ان شرعيته
باعتبار الحاجة والمراعى دليلها وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع
اما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة فلم يكن فيهما دليل الحاجة ليقام مقامه
وغير المدخول بها حيث لم ينل منها شيئا فالرغبة باقية سواء كان في حالة الحيض او الطهر فلم يخرج طلاقها
عن السنة في اي وقت كان خلافا لزفر فانه يقيسها على المدخول بها وقوله ولنا واضح وعورض بان
ما ذكرتم تعليل في مقابلة النص فان قوله عليه السلام لابن عمر انما السنة ان تستقبل الطهر بالطلاق
يدل على ان الطلاق في حالة الحيض ليس سنة من غير تفرقة بين المدخول بها وغير المدخول بها لا غير مخصوص
واجيب بان المخصوص لم يثبت لخصوص السبب بل بقوله عليه السلام لعمر رضي الله عنه مره فليراجعها وان
كانت المراة لا تحيض من صغر او كبر فاراد ان يطلقها ثلثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى
فاذا مضى شهر طلقها اخرى لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من
نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلثة اشهر واللائي لم يحضن يعني ان اشكل عليكم حكم اعتدادها بين الطائفتين
فحكمهن هذا وقوله واللائي لم يحضن مبتداء وخبره محذوف اي واللائي لم يحضن فعدتهن ثلثة اشهر
وقوله والاقامة في حق الحيض خاصة قيل هو اشارة الى ما اختاره بعض اصحابنا ان الشهر قائم مقام
الحيض خاصة دون الحيض والطهر جميعا كما اختاره آخرون وقال شمس الائمة ظن بعض اصحابنا ان
الشهر في حق الآيسة لا تحيض بمنزلة الحيض والطهر في حق التي تحيض وليس كذلك بل الشهر في حقها بمنزلة الحيض
في حق التي تحيض حتى يقدر به الاستبراء ويفصل به بين طلاق السنة وهذا لان المعتبر في حق ذوات
الاقراء الحيض ولكن لا يتصور تجدد الحيض الا بتخلل الطهر وفي الشهور ينعدم هذا فكان الشهر
قائما مقام ما هو المعتبر وفيه بحث من وجهين احدهما ما ذكره صاحب النهاية ان الشهر لما اقيم مقام الحيض
فاذا اوقع الطلاق في اي شهر كان من الاشهر الثلثة كان موقعا للطلاق في الحيض فكان حراما كما في حالة

الحيض والثاني ما ذكره بعض الشارحين ان الشهر لو قام مقام الحيض خاصة لما احتيج الى اقامة ثلثة
اشهر مقام ثلث حيض بل يكتفى باقامة شهر واحد مقام ثلث حيض لان الحيض اكثره عشرة ايام ومدة ثلث
حيض يحصل في شهر واحد لكن اللازم منتف فيلتفي الملزوم واجيب عن الاول بان هذه المدة طهر حقيقة و
لكنها اقيمت مقام الحيض وما قام مقام الشيء لا يجوز ان يكون في معناه من كل وجه والا كان عينه لا قايما
مقامه فكان قايما مقامه في انقضاء العدة والاستبراء خاصة الا يرى ان الطلاق بعد الجماع في ذوات الاقراء
حرام وفي الايسة والصغيرة ليس بحرام ولو كان الاشهر بدلا عن الاقراء في جميع الاحكام لكان محرما كما
في ذوات الاقراء كذا ذكره شيخ الاسلام والجواب عن الثاني ان الشرع اقام الاشهر مقام الحيض تنقضي بها العدة
وهي انما تكون في ثلثة اشهر غالبا فاقيمت الاشهر مقام الحيض التي كانت توجد فيها ولم يقم الاشهر مقام مدة الحيض
حتى تكتفي بشهر واحد ولم يظهر لي فايدة هذا الاختلاف وما ذكره صاحب النهاية ان ثمرته تظهر في حق الزام الحجة فانهم
لما اجمعوا على ان الاستبراء يكتفي بالحيض لا غير من غير توقف الى طهر والشهر قايم مقامه في حق التي لا تحيض علمنا
ان الشهر قايم مقام الحيض لا غير لان الخلف انما يعمل فيما يعمل فيه الاصل واشتراط الحيض مع الطهر في ثلث حيض انما
كان ليتحقق عدد الثلثة لا لذات الطهر على ما ذكر في المبسوط ولو كان لذاته لاشترط فيما لا يشترط فيه العدد من
الحيض فكانوا محجوجين على ما قلنا الى هذا لفظه ليس بحظي كما ترى لان الزام الحجة على الزام الحجة على احد المختلفين
لا يكون فايدة الاختلاف اذ البديهة تشهد بان غرض الانسان من الاختلاف في مسلة لا يكون الزام الحجة
على الخصم قال ثم ان كان الطلاق في اول الشهر اذا كان ايقاع الطلاق في اول الشهر تعتبر الشهور
القايمة مقام الحيض بالاهلة كاملة كانت او ناقصة وان كان في وسط فبالايام في حق التفريق اي في حق التفريق
بين طلاق السنة وذلك ثلثون يوما بالاتفاق وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة رح لا يحكم بانقضاء العدة الا بتمام
تسعين يوما من وقت الطلاق وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهي مسئلة الاجارات
على ما سيأتي ويجوز ان يطلقها اي الايسة او الصغيرة ولا يفصل بين وطيها وطلاقها بزمان قال شمس الائمة
الحلواني وكان شيخنا رحمه الله يقول هذا اذا كانت صغيرة لا يرجى منها الحيض والحبل واما اذا كانت صغيرة
يرجى منها الحيض والحبل فالافضل ان يفصل بين جماعها وطلاقها بشهر ولا منافاة بينه وبين قول المصنف لان
الافضلية لا تنافي الجواز وقال زفر يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض فيمن تحيض وفيها يفصل بين طلاقها
ووطيها بحيضة فكذا ههنا بشهر ولان الرغبة تفتر بالجماع فكانت بمنزلة ذوات الاقراء اذا جومعت في الطهر و
انما تتجدد الرغبة بزمان فلا بد منه وهو الشهر ولنا انه لا يتوهم الحبل فيها اي في التي نحن فيها اي في التي نحن فيها من
الايسة او الصغيرة والكراهية اي كراهية الطلاق بعد الجماع في ذوات الحيض كانت باعتبار الحبل لان عند ذلك
يشتبه وجه العدة فلا يدري ان انقضاءها يكون بوضع الحمل او بانقضاء المدة وقوله والرغبة وان كانت تفتر
من الوجه الذي ذكره جواب قول زفر ان الرغبة بالجماع تفتر وهو ظاهر واعترض بان جهة الرغبة والفتور لما تعارضنا

تساقطا

لما تعارضنا تساقطا بالمعارضة فرجعنا الى الاصل وهو ان الاصل في الطلاق الحظر لما مر فيحرم عدم
الفصل بين وطيها وطلاقها وهو كلام باطل لان الاصل لا مدخل له في ايجاب الفصل بين الوطي والطلاق
لذاته وانما تاثيره ان لا يقع الطلاق اصلا ولا تمكن كما تقدم وانما المدخل في ذلك لدليل الحاجة وهو
الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وقد سقطت جهة الرغبة بالمعارضة فينتفي الحكم
الدائر على الدليل وهو الفصل وقوله وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع واضح وقوله وقد ورد
الشرع بالتفريق على فصول العدة يعني قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن قال ابن عباس اي لاطهار
عدتهن ففي ذوات الاقراء فرق على الاطهار وفي حق الايسة والصغيرة على الاشهر لانها في
حقهن كالقرء في حق ذوات الحيض والشهر في حق الحامل ليس من فصول العدة لان مدة
الحمل وان طالت فهو طهر واحد حقيقة وحكما الا يرى ان انقضاء العدة لا يتعلق به فصار كالممتد
طهرها فان طهرها وان امتد شهورا فهو فصل واحد لا تفرق التطليقات فيه ولهما ان الاصل
الطلاق للحاجة كما تقدم ان الاصل فيه الحظر وانما ابيح عند العجز عن التفصي عن حقوق الزوجية والشهر
دليل الحاجة كما في حق الايسة والصغيرة لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح
ان يكون علما ودليلا على وجود الحاجة والحكم يدار على دليلها فاذا وجد وجدها ابيح لاجله
الطلاق فيكون مباحا وقوله بخلاف الممتد طهرها جواب عن قياس قول محمد بالفرق فان هناك
لا يصلح الشهر ان يكون علما لان العلم على الحاجة في حقها الطهر اي تجدده وهو مرجو فيها في كل
زمان لانه يمكن ان تحيض فتطهر ولا يرجى تجدد الطهر مع الحمل لان الحامل لا تحيض قال واذا
طلق الرجل امراته في حالة الحيض اذا طلق الرجل امراته في حالة الحيض وقع الطلاق ويستحب له ان
يراجعها اما الوقوع فلان النهي عنه لمعنى في غيره وهو ما ذكرنا يعني من قوله لان المحرم تطويل العدة
فان الحيضة التي يقع فيها الطلاق لا تكون محسوبة فتطول العدة عليها نقل صاحب النهاية ان المراد
بالنهي ههنا هو النهي المستفاد من ضمن الامر المذكور في قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن اي لاطهار
عدتهن او الامر المذكور في قوله عم مر ابنك فليراجعها لما انه لما كان مامورا برفع الطلاق الواقع
في حال الحيض لاجل الحيض كان منهيا عن ايقاعها في حالة الحيض وقال بعض الشارحين المراد
بالنهي قوله تعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا والنهي اذا كان لمعنى في غيره لا يعدم المشروع كما
عرف في الاصول واما الاستحباب فلقوله عم لعمر مر ابنك فليراجعها وكان طلقها في حالة الحيض
وهذا الحديث يفيد الوقوع باقتضائه والحث على الرجعة بعبارته قال المصنف سماه الاستحباب قول
بعض المشايخ ووجهه ان ادنى الامر الاستحباب فيصار اليه بقرينة ان الرجعة حق له والوجوب على
الانسان فيما هو حقه والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر لعمر وحقيقة الوجوب على عمران

قبل الامر

عند الحاجة الى الخلاص

ويحتمل ان يكون النظر دليلا في حق الطلاق كما في حق الايسة والصغيرة علمها الطلاق

يأمر بذلك ولا دلالة في ذلك على الوجوب على انه اجيب بان فعل النايب كفعل المنوب فصار كان النبي عم
امره بذلك فيثبت الوجوب ويجوز ان يقال فليراجعها امر لابن عمر فيجب عليه المراجعة وقوله ورفعا
للمعصية معطوف على قوله عملا وذلك لان رفع المعصية واجب ورفعها بعد وقوعها انما هو برفع اثره
اي اثر الطلاق الذي هو معصية وهو العدة ودفعا الضرر تطويل العدة برفعها بالمراجعة قوله
قال يعني القدوري فاذا طهرت يعني بعد المراجعة وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان
شاء امسكها قال المص وهكذا ذكر في الاصل وذكر الطحاوي انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة
ووفق الكرخي بين الروايتين فقال ما ذكره الطحاوي قول ابي حنيفة وما ذكره في الاصل قولهما و
المص ذكر وجه كل منهما ولم يرجع الى الحديث المروي في الباب لان كل واحدة من الروايتين
مروية في الحديث وروى البخاري مسندا الى نافع عن عبد الله بن عمر ان رسول الله عم
قال لابن عمر مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم ان شاء امسك بعد وان شاء طلقها
قبل ان يمسها وهذا يدل على رواية الاصل وروى الترمذي في جامعه مسندا الى سالم عن ابن عمر انه ثم تحيض ثم تطهر
عليه السلم قال لعمر مره فليراجعها ثم ليطلقها اذا طهرت وهذا يدل على رواية الطحاوي واذا
تعارضت الروايتان ذهب المص الى بيان وجههما بالمعاني الفقهية وهو ظاهر وقوله ومن قال لامراته الخ
ان من قال لمدخول بها انت طالق ثلثا للسنة فاما ان تكون من ذوات الاقراء او لا وكل واحد منهما
على وجهين اما ان يذكر ذلك ولا نية له او نوى شيئا فان كانت من ذوات الاقراء ولا نية له فهي طالق
عند كل طهر تطليقة وان نوى الثلث الساعة او عند راس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت
تلك الساعة حالة الحيض او حالة الطهر وكذا راس كل شهر وقال زفر لا يصح نية الجمع لانه بدعة وهو
ضد السنة وضد الشيء لا يراد به ولنا ان اللام اي في قوله للسنة للوقت والسنة تكون تارة كاملة
ايقاعا ووقوعا وتارة وقوعا فقط فكان كل منهما محتملا فاذا لم يكن له نية كان مطلقا ينصرف الى
الكامل وهو السنة ايقاعا ووقوعا فيقع عند كل طهر لا جماع فيه تطليقة واذا نوى صرف لفظه الى
السنة وقوعا لان وقوع الثلث دفعة او في حالة الحيض مذهب اهل السنة فهو سني من هذا الوجه ومن حيث
انه عرف صحته ووقوعه بالسنة وهي ما روي عن النبي عليه السلام انه قال من طلق امراته الفا بانت منه بثلث و
الباقي رد عليه فان قيل الوقوع لا يتحقق الا بالايقاع لانه انفعاله فاذا صح الوقوع صح الايقاع فكان
سنيا وقوعا وايقاعا وليس كذلك اجيب بان الوقوع لا يوصف بالحرمة لانه ليس فعل المكلف ولانه حكم شرعي
وهو لا يوصف بالبدعة والايقاع يوصف بها لكونه فعل المكلف فكان الوقوع اشبه بالسنة المرضية فلهذا
قال سني وقوعا وان كانت ايسة او من ذوات الاشهر ولم يكن له نية وقعت الساعة واحدة وبعد شهر
اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة على ما بينا قبل هذا ان الشهر في حقها قايم مقام الحيض وان نوى ان

يقع الثلث الساعة وقعن عندنا خلافا لزفر لما قلنا انه سني وقوعا واذا قال انت طالق للسنة
ولم ينص على الثلث ان كانت طاهرة لم يجامعها طلقت في الحال وان كانت حائضا او في طهر جامعها فيه
لم تقع الساعة فاذا حاضت وطهرت وقعت تطليقة لان قوله انت طالق للسنة ايقاع تطليقة مختصة
بالسنة المعرفة باللام وهي تلك وان نوى ثلثا جملة قال المصنف لا تصح قيل وهكذا ذكر فخر الاسلام والصدر
الشهيد وصاحب المختلفات وعلاء الائمة السمرقندي لان نية الثلث ان صحت فانما تصح من حيث ان
اللام فيه للوقت ووقت طلاق السنة متعدد فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورة تعميم الوقت تعميم الواقع فيه
لانه جعل الوقت ظرفا للواقع وقد تكرر الظرف فيتكرر المظروف فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فيبطل
تعميم الواقع فيه لان بطلان المقتضي يوجب بطلان المقتضى فلا يصح نية الثلث بخلاف ما اذا ذكر
ثلثا لان الثلث مذكور صريحا فيصح نيته وذكر صاحب الاسرار وشمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام ان
نية الثلث صحيحة جملة كما لو ذكر ثلثا لان التطليق المختصة بالسنة المعرفة باللام نوعان حسن و
احسن فالاحسن ان يطلقها في طهر لا جماع فيه والحسن ان يطلق الثلث في ثلثة اطهار فاذا نوى
الثلث فقد نوى احد نوعي التطليقة المختصة بالسنة فيصح نيته كما لو قال انت طالق ثلثا للسنة
او طلاق السنة كذا في بعض الشروح وفيه نظر لان المدعي وقوعها جملة ودليله يدل على التفر
يق على الاطهار كما يرى ونقل قاضي خان في الجامع الصغير عن الاصل انه يقع جملة كما لو ذكر ثلثا و
فيه نظر لانه يستلزم التساوي بين العبارة والاقتضاء في العموم وهو خلاف المذهب فان المقتضى
لا عموم له عندنا ولعله سبب اختيار المص عدم الوقوع **فصل** لما ذكر طلاق السنة لكونه جملة
الاصل وذكر ما يقابله من طلاق البدعة شرع في بيان من يقع طلاقه ومن لا يقع ويقع
طلاق كل زوج عاقل بالغ دون الصبي والمجنون والنايم لقوله عم كل طلاق جائز الا طلاق الصبي
والمجنون والمراد بالجواز النفاذ دون الحل الذي يقابل الحرمة لان فعل الصبي والمجنون لا يوصف
بالحرمة في المعاملات والنفوذ بالوقوع فمعناه كل طلاق نافذ الا طلاق الصبي والمجنون ولان
الاهلية التصرف بالعقل المميز ولا عقل للصبي والمجنون اما المجنون فظاهر واما
الصبي فلان المراد به ما هو المعتدل منه والصبي وان اتصف بالعقل حتى صح اسلام الصبي العاقل لكنه
ليس بمعتدل قبل البلوغ فلا يعتبر فيما فيه مضرة والنايم عديم الاختيار في التكلم وشرط الاختيار فيه
وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار لافساده اياه واعتبار التصرف
الشرعي انما هو بالاختيار بخلاف الهازل فانه مختار فكان شرط التصرف فيه موجودا وقيد بقوله
في التكلم بالطلاق اشارة الى ان المعتبر ذلك لا غير لان من اراد ان يقول لامراته اسقني فقال انت طالق وقع اسقني
وان لم يكن مختار الحكم لكونه مختارا في التكلم ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته فلا

يعرى عن قضيتها اى حكمه لئلا يلزم تخلف الحكم عن علته وقوله قصد ايقاع الطلاق احتراز عن الاقرار
به مكرها فانه لغو لكونه خبرا يحتمل الصدق والكذب وقيام السيف على راسه دليل انه كاذب فيه و
المخبر عنه ان كان كذبا فبالاخبار عنه لا يصير صدقا وقوله فى حال اهليته احتراز عن الصبى و
المجنون وتقرير حجتنا ان المكره قصد ايقاع الطلاق فى منكوحته فى حال اهليته لانه عرف الشرين
الهلاك والطلاق واختار اهونهما واختيار اهون الشرين اية القصد والاختيار وهو ظاهر وكل من
قصد ايقاعه كذلك لا يعرى فعله عن حكمه كما فى الطايع اذ العلة فيه دفع الحاجة وهو موجود فى
المكره لحاجته ان تخلص عما توعد به من القتل والجرح وقوله الا انه غير راض بحكمه جواب عما يقال
لو كان المكره مختارا لما كان له الاختيار فسخ العقود التى باشرها مكرها من البيع والشرى والاجارة
وغيرها وليس كذلك ووجهه انه غير راض بحكمه فكان له فسخ العقود واما ههنا فعدم الرضا
بالحكم غير مخل به كالهازل وهو الذى يقصد السبب دون الحكم فان قيل بين المكره والهازل فرق و
هو بطلان القياس وذلك لان المكره له اختيار فاسد وللهازل اختيار كامل والفاسد فى حكم العدم فلا
يلزم من الوقوع فى الهازل الوقوع فى المكره اجيب بان للهازل اختيارا كاملا فى السبب اما فى حق الحكم
وهو المقصود من السبب فلا اختيار له اصلا فكان اختيار الهازل ايضا غير كامل بالنظر الى الحكم
فكانا متساويين فكان اعتبار احدهما بالاخر جايزا وطلاق السكران واقع واختار الكرخى
والطحاوى عدمه والوجه من الجانبين على ما ذكر فى الكتاب واضح خلا ان فى كلامه تسامحا لانه جعل
العقل زايلا بالسكر وليس كذلك عندنا لانه مخاطب والخطاب بلا عقل بل هو مغلوب و لما كان المغلوب
كالمعدوم اطلق الزوال مجاراة للخصم حيث لم يفرق ذلك واعترض بوجهين احدهما ان شرب المسكر
كسفر المعصية فما بال السفر صار سببا للتخفيف دون شرب المسكر والثانى انه لما جعل باقيا فى
الطلاق حكما زجرا له كانت الردة والاقرار بالحدود الخالصة اولى لان الزجر والعقوبة هناك اتم واجيب
عن الاول بان الشرب نفس معصية ليس فيها مكان انفصال ولا جهة اباحة يصلح لاضافة التخفيف
اليها فجعل باقيا زجرا بخلاف سفر المعصية فان نفس السفر ليس بمعصية وامكن انفصالها
عنه ابتداء وانتهاء وكان جهة اباحة تصلح لاضافة التخفيف والترخص اليها و
عن الثانى بان الركن فى الردة الاعتقاد والسكران غير معتقد لما يقول فلا يحكم بردته
لانعدام ركنها لا للتخفيف عليه بعد تقرر السبب واما الاقرار بالحدود فان السكران لا
يكاد يثبت على شىء فيجعل راجعا عما اقربه فيؤثر فيما يحتمل الرجوع وفى قوله بسبب هو
معصية اشارة الى شيئين احدهما الفرق بين الشرب وسفر المعصية كما ذكرنا والثانى
ان هذا الحكم مرتب على سكر يكون محظورا واما غيره فهو ان يكون من مباح كالبنج و

لبن الرماك والخمر اذا اكره على شربها بالقتل فهو كالاغماء فى حق منع وقوع الطلاق و
العتاق واكده بقوله حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه لانه
لم يكن زواله بمعصية واعترض بان الصداع اثر الشرب وكان علة العلة والحكم يضاف
اليها كما يضاف الى العلة فما باله لم يكن كذلك اجيب بان الاضافة الى علة العلة انما تكون اذا لم
يكن العلة صالحة للاضافة وههنا صالحة لذلك لان زوال العقل مما يؤثر فى عدم الوقوع كما اذا
جن وقوله وطلاق الاخرس واقع ظاهر وقوله طلاق الامة ثنتان انث الطلاق باعتبار
التطليقة وكلامه ظاهر ووجه الاستدلال بقوله عم الطلاق بالرجال والعدة بالنساء انه عم
قابل الطلاق بالعدة على وجه يختص كل واحد منهما بجنس على حدة ثم اعتبار العدة بالنساء
من حيث القدر فيجب ان يكون اعتبار الطلاق بالرجال من حيث القدر تحقيقا للمقابلة ولان
صفة المالكية كرامة وكل ما هو كرامة فالآدمية مستدعية لها لكونه مكرما بتكريم الله قال الله
تعالى ولقد كرمنا بنى آدم الآية ومعنى الآدمية فى الحر اكمل لصلاحيته لما لا يصلح له العبيد من
الولاية والشهادة والخلوص عن معنى المالية التى تجعل المملوك فى قرن البهايم ملحوزا فكانت
مالكيته ابلغ فان قلت الدليل اخص من المدعى لان المدعى ان الطلاق بالزوج حرا كان او عبدا
والدليل يدل على ان الزوج اذا كان حرا كان مالكا قلت اذا ثبت ذلك الحر ثبت للعبد لعدم القا
يل بالفصل ومذهبه قول ابن عمر وزيد بن ثابت ولنا قوله عليه السلام طلاق الامة ثنتان وعدتها
حيضتان ووجه الاستدلال انه عليه السلام ذكر الامة بلام التعريف ولم يكن ثمة معهود فكان
للجنس وهو ان يكون طلاق هذا الجنس اثنين فلو كان اعتبار الطلاق بالرجال لكان لبعض الاماء
ثنتان فلم تكن اللام للجنس فان قيل يجوز ان يكون المراد بها الامة تحت العبد عملا بالحديثين
اجيب بانه يفضى الى ان يكون الهاء فى عدتها عايدة اليها فيكون تخصيصا لها بكون عدتها
حيضتين اذ لا مرجع للضمير سواها وليس كذلك فان عدة الامة حيضتان سواء كانت تحت
حر او عبد بالاتفاق وفيه نظر لجواز ان يكون من باب الاستخدام بكون المراد بالامة امة تحت
عبد والضمير عايد الى مطلق الامة والجواب ان ذلك خطابة لا يجدى فى مقام الاستدلال ولان حل المحلية
اى على ان يكون المراة محل النكاح نعمة فى حق المراة لانه يتوصل بذلك الى الحور والنفقة والكسوة
والسكنى والازدواج وتحصين الفرج وغيرها وما هو نعمة فى حقها يتنصف بالرق فان للرق
اثرا فى تنصيف النعم فى الرجال فان العبد لا يملك من التزوج ما فوق الاثنين فكذا فى حق النساء
فانها لا تتزوج مع الحرة ولا بعدها وكان ذلك يقتضى ان لا يملك الزوج عليها الا عقدة ونصفا
اى طلقة ونصف طلقة تنقيصا لحل المحلية الا ان العقدة لا تتجزى فتكاملت عقدتان ومذهبنا

قوله علي وابن مسعود وقوله وتاويل ما روى يعني قوله الطلاق بالرجال ان الايقاع بالرجال فان قيل هذا
معلوم فلا يحتاج الى ذكره حاجة لان المراة في الجاهلية اذا كرهت الزوج غيرت البيت وكان ذلك
طلاقا منها فرفع ذلك بقوله الطلاق بالرجال واذا تزوج العبد امراة وطلقها وقع الطلاق ولا يقع
طلاق مولاه على امراته لان ملك النكاح حق العبد لكونه من خواص الادمية والعبد مبقي فيها على اصل
الحرية وكان يحتمل ان يملك النكاح بدون اذن مولاه لكن لو قلنا به تضرر المولى فيه كما ذكرناه لاجله

باب ايقاع الطلاق

لما فرغ من بيان اصل الطلاق ووصفه شرع في بيان تنويعه فقال
الطلاق اى التطليق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله انت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع
طلاق رجعي لكون هذه الالفاظ صريحة والصريح يعقب الرجعة بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن
احق بردهن وهو يشير بتسميته بعلا الى ان الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية ورد بانه قال
احق بردهن والرد انما يستعمل فيما زال عنه ملكه واجيب بان البعل في اللغة اسم للزوج حقيقة
وهي لا يترك الا بدليل واما لفظ الرد فقد يستعمل فيما لم يزل ملكه كالبايع جاريته والمشتري فانه
لم يثبت الملك فيها للمشتري ثم اذا فسخه يقال رد الجارية وان لم يزل عنها ملك البايع ولا يفتقر
الى النية لانه صريح فيه لان الصريح ما ظهر المراد به ظهورا بينا بكثرة الاستعمال وهذا كذلك و
الصريح يقوم لفظه مقام معناه فلا يفتقر الى النية وقوله وكذا اذا نوى الابانة معطوف على قوله
وانه يعقب الرجعة يعني انه يعقب الرجعة ان لم ينو شيئا وكذا ان نوى الابانة لانه خالف الشرع
حيث قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة قال الله تعالى فامساك بمعروف او تسريح باحسان
الامساك بالمعروف هو الرجعة والتسريح بالاحسان هو تركها حتى ينقضي عدتها وتحقيقه ان الله تعالى
سمى الرجعة امساكا والامساك ابقاء الشيء على ما كان فما دامت العدة باقية كانت ولاية الرجعة باقية
واذا انقضت من غير رجعة بانت فصارت البينونة معلقة بالانقضاء كذا قالوا ولقائل ان يقول
ان سلمنا دلالته على تعليق البينونة بالانقضاء جاز ان يكون المراد به ما لم ينو البينونة فلم يبق
حجة فيما نويت فيه ولو قال لان الطلاق ثابت قضاء المقتضي ضروري والضرورة يندفع بالرجعي
فلا حاجة الى البائن لكان اسلم وموضعه اصول الفقه وقوله فيرد عليه يعني قصده وتقرير الحجة
لانه قصد بعدم ما اخره الشرع الى وقت وكل من فعل ذلك يرد عليه قصده كما في قتل المورث
اصله بقرة بني اسرائيل ولو نوى الطلاق عن وثاق بفتح الواو وهو القيد والكسر فيه لغة لم يدين
في القضاء اى لم يصدق وحقيقته دينت الرجل تدينا وكلته الى دينه فالمستعمل في التصديق مجاز اللزوم
خلاف الظاهر لانه صرف الكلام عما هو صريح الى ما ليس بمتعارف فيما عليه فيه تخفيف وكذلك لا يسع المراة
ان تصدقه في ذلك ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه محتمله اذ الطلاق رفع الطلاق يستعمل في الابل

والوثاق ويحتمل ان يكون الطلاق عبارة عنه مجازا ولو نوى به اى بقوله طالق الطلاق عن العمل لم
يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد وهو قيل اى المراة بتاويل
الشخص او الذات وليس بشيء بل يعود الى القيد الذي يرفعه الطلاق وتقريره الطلاق لرفع القيد
النكاح والقيد للنكاح غير مقيد بالعمل فالطلاق ليس لرفع المقيد بالعمل وهذا ظاهر الرواية و
روى الحسن عن ابي حنيفة انه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق يستعمل في التخليص فكان
معناه انت مخلصة من العمل وهذا اذا لم يصرح بذكره اما اذا قال انت طالق من عمل كذا موصولا
صدق ديانة رواية واحدة ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها
غير مستعملة فيه عرفا فلا يكون صريحا واذا لم يكن صريحا كان كناية لعدم الواسطة والكناية يحتاج
الى النية ولا يقع به من كلام القدوري متصل بقوله وهذا يقع به الطلاق اى لا يقع بكل واحد من
الالفاظ الثلثة المذكورة الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك وقال الشافعي يقع ما نوى لانه محتمل
لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لكونه نعتا وهو لا يتحقق بدون المشتق منه ولهذا اى ولكونه
محتمل لفظه يصح قران العدد به ويكون نصبا على التفسير وكل ما هو محتمل اللفظ يصح بنيته
ولنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلث طوالق وكل ما هو نعت فرد لا يحتمل العدد لانه
ضده والضد لا يحتمل الضد وقوله وذكر الطالق جواب عن قوله فان ذكر الطالق ذكر للطلاق
لغة وتقريره ان الطالق نعت من الثلاثي وهو يدل على طلاق يكون صفة للمراة لا على طلاق يكون
بمعنى التطليق كالسلام بمعنى التسليم ومحل النية هو الثاني لانه فعل الرجل دون الاول لانه وصف ورد
يتصف به المراة ليس بفعل الزوج لكنه يقتضي الثاني تصحيحا له وكان ثابتا ضرورة صحة الكلام ومقتضى
ولا عموم له وقوله العدد الذي يقرن به جواب عن قوله ولهذا يصح قران العدد به وهو
واضح وقوله واذا قال انت الطلاق واضح وقوله فصار بمنزلة قوله انت طالق اعترض عليه بان
قوله انت الطلاق لو كان بمنزلة انت طالق لما صح فيه نية الثلث كما لم يصح في انت طالق واجيب
بان نية الثلث انما لا تصح في طالق لانه نعت فرد كما تقدم واما الطلاق فهو مصدر في اصله
ان وصف فلوحظ فيه جانب المصدرية وصح فيه نية الثلث وبقية كلامه واضحة **قال** ولو قال
انت طالق الطلاق ولو قال انت طالق الطلاق وقال اردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق
اخرى فان لم يكن موطوءة تصدق وتقع طلقتان رجعيتان لان كل واحد منهما صالح للايقاع
بتعدد الابتداء في الثاني كما لو قال انت طالق وطالق ولو اضاف الطلاق الى جملتها مثل قوله انت
طالق لان التاء ضمير المراة وذكر هذا وان كان قد علم مما قبله تمهيدا لذكر ما بعده او الى ما يعبر
عن الجملة مثل قوله رقبتك طالق قال الله فتحرير رقبة ولم يرد به الرقبة بعينها وكذلك العتق

قال الله تعالى فظلت اعناقهم لها خاضعين ولم يرد الاعناق بعينها حيث لم يقل خاضعة وكلمة
ولو قال يدك طالق او رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال زفر والشافعي يقع وكذا الخلاف في كل جزء
معين لا يعبر عن جميع البدن كالاصبع والشعر والظفر والسن لهما انه جزء مستمتع بعقد
النكاح وكل جزء مستمتع بعقد النكاح يكون محلا بحكم النكاح وما كان محلا بحكم النكاح كان
محلا للطلاق لانه رافعه فيكون حالا محله فاذا اضيف اليها الطلاق يثبت الحكم فيه توفية لحق الا
ضافة ثم يسري الى الكل كما في الجزء الشايع فان قيل لو كان الجزء المعين محلا بحكم النكاح لانعقد
النكاح اذا اضيف اليه ثم يسري الى الكل اجاب بقوله بخلاف ما اذا اضيف اليها النكاح لان السراية
ممتنعة اذ الحرمة في ساير الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء فيمتنع عن السريان وفي الطلاق الامر
على القلب يعني الحرمة في هذا الجزء تغلب الحل في ساير الاجزاء وقوله ولنا انه اضاف الطلاق الى غير
محله ظاهر وتوضيحه ان اليد والرجل ونحوهما اطراف وهي اتباع لا محالة فاذا وردا عليهما دخل الا
تباع كما في شراء الحمل لرقبة فيكون ذكره الاصل ذكرا للتبع اما ذكر التبع فلا يكون ذكر الاصل
فان قيل سلمنا ذلك لكن عبر النبي عليه السلام باليد عن جميع البدن في قوله عليه السلام على اليد ما
اخذت حتى ترده اجيب بان المراد به صاحب اليد على حذف المضاف وعندنا ان الزوج اذا
قال اليد ان اضمار صاحبها طلقت وانا الكلام من حيث الحقيقة قال شمس الائمة الحلواني اذا قال راسك
طالق وعنى اقتصار الطلاق على الراس لا يبعد ان نقول لا تطلق ولو قال يدك طالق واراد به العبارة
جميع البدن لا يبعد ان نقول بانها يطلق واذا قال ظهرك طالق او بطنك طالق اختلف المشايخ فيه عن
فقال بعضهم يقع الطلاق لان الظهر والبطن في معنى الاصل اذ لا تصور النكاح بدونهما بخلاف
اليد والرجل قال المصنف والاظهر انه لا يصح اي الايقاع بكل واحد لا يصح لانه لا يعبر بهما عن جميع
البدن ولهذا لو قال ظهرك او بطنك علي كظهر امي لا يكون مظاهرا وان طلقها نصف تطليقة
او ثلثها طلقت تطليقة واحدة لانه ذكر بعض ما لا يتجزى وهو الطلاق اذ نصف التطليقة او ثلثه
غير مشروع وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر الكل كالعفو عن بعض القصاص صيانة للكلام عن الالغاء
وتغليبا للمحرم على المبيح واعمالا للدليل بقدر الامكان لانه اذا قام الدليل على البعض وهو مما لا يتجزى
وجب الكل والا لزم ابطال الدليل وكذا الجواب في كل جزء سماه كالنصف والربع والثمن والسدس
وغيرها لما بينا انه لا يتجزى ولو قال لها انت طالق ثلثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلثا لان
نصف تطليقتين تطليقة فثلثة انصاف تطليقتين يكون ثلث تطليقات ضرورة وهذه المسئلة
من خواص الجامع الصغير قال فخر الاسلام انما اورد محمد هذه المسئلة لاشكال وهو ان كل عدد
نصفته لا يكون الا نصفين فالقول بالثالث في ذلك يجب ان يلغو والجواب انه اراد بهذا تسمية الطلاق
انت

يعني اراد به ثلث تطليقات واستعمل في ذلك ثلثة انصاف تطليقتين باعتبار ما ذكرنا ان نصف
تطليقتين اذا كان تطليقة فثلثة انصافها يكون ثلث تطليقات ومن الناس من يقول لا يقع
شئ لانه مهمل لا معنى له ومنهم من يقول يقع واحدة لان ذكر العدد كان لغوا فبقي قوله انت
طالق ولقائل ان يقول هذا الكلام اما ان يكون حقيقة فيما اراد او مجازا ولا سبيل الى الاول لان اللفظ
لم يستعمل فيما وضع له ولا الى الثاني لعدم تصور الحقيقة وعدم الاتصال والجواب انه مجاز وتصور
الحقيقة ليس بشرط لجوازه عند ابي حنيفة والاتصال موجود لانه من باب ذكر الجزء وارادة الكل و
طولب بالفرق بين ما اذا قال لها انت طالق ثلثة ارباع تطليقتين لم تطلق الا اثنتين ولم يقل قد
اوقع ثلث مرات ربع تطليقتين وربع التطليقتين نصف تطليقة ومن اوقع على امراته ثلث
مرات نصف تطليقة طلقت ثلاثا واجيب بان جواب هذا اللفظ غير محفوظ وبعد التسليم فالفرق
واضح فان الاجزاء التي اوقعها هناك وهي ثلثة ارباع موجودة في التطليقتين لان ربع
تطليقتين نصف تطليقة وثلثة ارباع تطليقتين تطليقة ونصف فيقع تطليقتان فلا
حاجة الى صرف الكلام عن ظاهره وههنا الاجزاء التي اوقعها غير موجودة في التطليقتين اذ
ليس للتطليقتين ثلثة انصاف فلا حاجة لتصحيح كلامه سوى تصحيح كلام العاقل
على ما ذكرنا ولو قال انت طالق ثلاثة انصاف تطليقة قيل يقع طلقتان وهو المنقول عن
محمد في الجامع الصغير واليه ذهب الناطفي في الاجناس والعتابي في شرح الجامع الصغير وقال
العتابي هو الصحيح لان ثلثة انصاف تطليقة يكون تطليقة ونصف تطليقة فصار كقوله انت
طالق واحدة ونصف تطليقة وقال بعض المشايخ يقع ثلثة لان كل نصف يكون طلقة واحدة لان
الطلاق لا يقبل التجزية فيصير ثلثة انصاف طلقة ثلث طلقات لا محالة قال ولو قال انت طالق
من واحدة الى ثنتين اذا طلقها فتمام الكلام على الغايتين فاما ان يدخل الغايتان وهو قولهما
او لا يدخلا وهو قول زفر او يدخل الابتداء دون الانتهاء وهو قول ابي حنيفة والقسم الرابع وهو
ان يدخل الانتهاء دون الابتداء لم يقل به احد ووجه قول زفر ان غاية الشئ لا يدخل فيه والا لم
يكن غاية كما في المحسوسات كقوله بعتك من هذا الحايط وهو قياس محض وروي ان ابا حنيفة حج حيث
قال له كم سنك ما بين ستين الى سبعين فقال له اذن انت ابن تسع سنين فتحير وروي فخر الاسلام
ان الاصمعي هو الذي حج على باب الرشيد قال له ما تقول فيمن قال لامراته انت طالق ما بين واحدة الى
ثلث قال تطلق واحدة لان كلمة ما بين لا تتناول الحدين فقال له ما تقول في رجل قيل له كم سنك فقال
ما بين ستين الى سبعين او يكون ابن تسعة سنين فتحير زفر وقال استحسن في مثل هذا و
يلزم على قوله ان من قال من واحدة الى واحدة لا يقع فيه وقيل يقع شئ واحدة لانه لما جعل الغنى الواحد

حلا ومحدودا لغى آخر كلامه لعدم تصور ذلك وبقي انت طالق ووجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا
الكلام في العرف كما يقال لغيره خذ من مالي من درهم الى مائة ولابي حنيفة ان المراد بمثل هذا الكلام الاكثر
من الاقل والاقل من الاكثر وهو ما بينهما فانهم يقولون سني من ستين الى سبعين او ما بين ستين الى سبعين
ويريدون ما ذكرناه يعني الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر قيل فيه نظر لانه لا يتمشى في قوله من واحدة الى
ثنتين واجيب بانه يتمشى فيه ايضا لان الاكثر فيه الثلث والاقل الواحد والاكثر من الاقل والاقل من
الاكثر الثنتان وليس بشيء لان قوله لان الاكثر فيه يعني في الطلاق وليس الكلام فيه وانما الكلام في الاقل
والاكثر في كلام المتكلم والثلث غير مذكور واقول قوله ان المراد به الاكثر من الاقل معناه اذا كان بينهما
عدد كما في قوله من واحدة الى ثلث وقوله سني من ستين الى سبعين وقولهما الاقل من الاكثر معناه اذا
لم يكن بينهما ذلك كما في قوله من واحدة الى ثنتين وعلى هذا سقط الاعتراض وقوله واراد به الكل جواب عن
قولهما يراد به الكل كما يقال لغيره خذ من مالي من درهم الى مائة وهو ظاهر وقوله ثم الغاية الاولى جواب عن
قول زفر ووجه ان الغايات لا يدخل الغايتان كما ذكرتم لان الغاية الاولى لا بد ان يكون موجودة
لانه اوقع الثانية ولا يصح الا بعد وجود ما يترتب عليه الثانية ووجودها بوقوعها وهو بخلاف
البيع جواب عن قوله كما لو قال بعتك من هذا الحائط ووجه ذلك ان القياس فاسد لان الغاية في المقيس عليه
موجودة قبل جعلها غاية فلا ضرورة في ادخالها واما في صورة النزاع فانها ليست بموجودة ولا بد
من وجودها ليترتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها والحاصل انا لم نقل بان الغاية داخلة وانما قلنا
انه لا بد من وجودها لضرورة الثانية ووجودها بوقوعها ونوقض بما لو قال انت طالق تطليقة ثانية لم يقع
الا واحدة ولم يضطر فيها الى الاولى لوقوع الثانية واجيب بان قوله ثانية تصادف لغوا بخلاف قوله من واحدة الى
ثلث فانه كلام معتبر في ايقاع الطلاق بالاتفاق فلا يتحقق ذلك الا بعد وقوع الاولى ولو نوى في
قوله من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين واشباههما واحدة صدق ديانة لانه محتمل
كلامه لا قضاء لانه خلاف الظاهر لما ذكرنا ان مثل هذا الكلام يراد بها الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر
ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب ولم يكن له نية فهي واحدة وقال
زفر يقع ثنتان لعرف الحساب فيما بينهم ان واحدة في ثنتين اثنتان ولنا ان عمل الضرب في تكثير
الاجزاء لا في زيادة المضروب لان الغرض به ازالة الكسر يقع عند القسمة فمعنى واحدة في
ثنتين واحدة ذات ضربين وتكثير اجزاء الطلقة لا يوجب تعددها كما لو قال انت طالق طلقة
ونصفها وثلثها وربعها وسدسها وثمنها لم يقع الا واحدة فان نوى واحدة وثنتين فهي
ثلث لانه محتمل لان الواو للجمع والظرف يجمع المظروف وقوله ولو كان غير مدخول بها واضح و
ان نوى واحدة مع ثنتين وقع الثلث سواء كانت مدخولا بها او لم يكن لان كلمة في يأتي بمعنى

مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي عند بعض اهل التاويل وهذا لان احد العددين لا يصلح ظرفا
للآخر وبين الظرف والمظروف من المعية فاستعير له ولو نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق
معنى فهي لا تصلح ان تكون ظرفا للغير فلغو ذكر الثاني ولو قال اثنتين في اثنتين ونوى الضرب والحساب
تضعيف احد العددين بعدد ما في العدد الآخر كالاربعة في الخمسة يحصل عشرون لان
العشرين تضعيف الاربعة خمس مرات وتضعيف الخمسة اربع فهي ثنتان وعند زفر ثلث
لان قضيته ان تكون بعرف الحساب لكن لا مزيد للطلاق على الثلث وعندنا الاعتبار للمذكور
الاول على ما بيناه يعني في قوله ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب ولو قال
انت طالق من ههنا الى الشام فهي واحدة يملك الرجعة وقال زفر فهي بائنة لانه وصف الطلاق
بالطول والطول يستعمل في القوة وقوة الشيء انما تظهر بامتناعه عن قبول الابطال وذلك في
البائن دون الرجعي فان قيل اذا صرح بذكر الطول فقال انت طالق تطليقة طويلة وقع رجعيا
عنده فكيف يصح تعليله بالطول اجيب بانه اذا قال الى الشام كنى عن الطول والكناية اقوى من
الصريح لكونها دعوى الشيء ببينة وموضعه علم البيان واقول هذه لا يكاد تنهض في مقام
الاستدلال وقيل يجوز ان يكون عنه في هذه المسئلة روايتان وهذا اقرب وقلنا لا بل
وصفه بالقصر لانه اذا وقع في الاماكن كلها فتخصيصه بذكر الشام تقصير بالنسبة الى ما
وراءه ولو قال انت طالق بمكة فهي طالق في الحال في كل البلاد وكذا لو قال انت طالق في الدار لان
الطلاق لا يتخصص بمكان دون آخر وقوله وان عنى ظاهر وقوله عند تعذر الظرفية انما تعذر
الظرفية لان الفعل لا يصلح ظرفا للطلاق على ان يكون شاغلا له فيحمل على الشرط للمقارنة اي
المناسبة بين الشرط والظرف لان الظرف يسبق المظروف كما ان الشرط يسبق المشروط وقال
شمس الائمة وقيل لان الظرف يجامع المظروف كما ان الشرط يجامع المشروط

فصل في اضافة الطلاق الى الزمان

ذكر ههنا فصولا مترادفة بحسب اضافة الطلاق وتنويعه
وتشبيهه اضافة الطلاق تاخير حكمه عن وقت التكلم الى زمان يذكر بعده بغير كلمة شرط ولو
قال انت طالق غدا على ما ذكره في الكتاب واضح وقوله نوى التخصيص في العموم وهو اي العموم
يحتمل التخصيص وكان من محتملات كلامه ونية المحتمل صحيح فيصدق ديانة لكنه مخالف
للظاهر لان الغد اسم لجميع اجزاء النهار فلا يصدق قضاء وللقائل ان يقول العام ما يتناول افرادا
متفقة الحدود ولفظ الغد ليس كذلك وما يتوهم فيه من الاول والوسط والآخر فهو من اجزائه
لا من افراده وحينئذ لا يكون نية آخر النهار مخصوصا فلا عموم ولا تخصيص والجواب ان المراد
به الحقيقة والمجاز فان اطلاق لفظ الكل وارادة الجزء مجاز لا محالة ولو قالت انت طالق اليوم غدا

ظاهر واعترض بانه لم لا يجعل غدا ظرفا للطلاق آخر واجيب بانه يحتاج الى تقدير انت طالق
والاصل خلافه فلا يصار اليه فى غير موضع الضرورة وفيه نظر لان صون كلام العاقل عن
الالغاء ضرورة والاولى ان يقال وصفها بالطلاق اليوم وغدا وبالطلقة الواحدة يحصل
هذا المقصود فلا حاجة الى غيرها وعلى هذا كان كلامه مصونا عن الالغاء فان قيل هذا لا يتم
فى الصورة الثانية وهى قوله انت طالق غدا اليوم لانه وصفها بالطلاق غدا والموصوف به غدا
لا يكون موصوفا به اليوم اجيب بان ايقاع الثانية فيهما يفضى الى المكروه وهى ايقاع الطلقتين
دفعة واحدة فلا يسعى لاثباتها فيكون الثانى لغوا ولو قال انت طالق فى غد على ما ذكره
فى الكتاب ظاهر وقوله على ما بينا اشارة الى قوله لانه نوى التخصيص فى العموم وهو يحتمله
مخالفا للظاهر وقد علمت ما فيه وقوله ولابى حنيفة انه نوى حقيقة كلامه قيل فيه اشارة
الى الجواب عن قولهما مخالفا للظاهر وتقريره ان خلاف الظاهر انما لا يدين فى القضاء اذا
لم يكن بنيته مصادفة لحقيقة كلامه وههنا صادفتها فيدين قضاء وديانة الا يرى
ان من حلف لا يتزوج النساء ونوى جميع النساء صدق قضاء وديانة وان كان مخالفا
للظاهر لمصادفة نيته حقيقة كلامه وفيه نظر لان الحقيقة لا يحتاج الى النية وانما
يحتاج اليها لما هو من محتملات كلامه كالمجاز ويمكن ان يجاب عنه بعد معرفة ان فى غد لا
تقتضى الاستيعاب وهو حقيقة وغدا تقتضيه وهو حقيقة بدليل قوله تعالى انا لننصر
رسلنا والذين امنوا فى الحيوة الدنيا ويوم يقوم الاشهاد فانه للاستيعاب فيما فيه الحرف
وهو ثابت فيما الحرف فيه وبيانه ان الله تعالى ذكر نصرة الرسل والمرسل اليهم فى الدنيا
مقرونة بحرف فى وذكر نصرتهم فى الاخرة غير مقرونة بها فى هذه الاية لان نصرة الله
اياهم فى الاخرة دائمة واما نصرتهم فى الدنيا فكانت تقع فى بعض الاوقات لانها دار الابتلاء
وكل ما هو حقيقة فى احدها فهو مجاز فى الاخرة واذا عرف هذا فكون نية حقيقة الكلام من
باب بيان التقرير وهو تاكيد الكلام بما يقطع احتمال المجاز وكان من الجائز قبل بيان نيته
ان يكون مراده بقوله فى غد مجازه وهو الاستيعاب فاذا بينها قطع احتمال المجاز وموضعه
اصول الفقه وباقى كلامه واضح بعد معرفة ما ذكرناه ولو قال انت طالق امس وقد تزوجها
اليوم لم يقع شىء لانه اسنده الى حالة معهودة اى معلومة منافية لمالكية الطلاق لانها لم تكن
فى ملكه فى ذلك الوقت الذى اضاف اليه الطلاق فيلغو كما اذا قال انت طالق قبل ان اخلق او تخلق
ولانه امكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح فكانه قال ما كنت امس فى قيد نكاحى واذا امكن
ذلك صير اليه لكونه موضوعا له دون الانشاء وفيه نظر لان الطالق من اتصفت بوقوع طلاقها

بتطليق الزوج وهو غير متصور لان المطلق ان كان الزوج فليس بمستقيم لانها لم تكن فى قيد نكاحه
وان كان غيره فهو المذكور بقوله او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج فيكون تكرارا
وايضا قوله انت طالق موضوع للاخبار لغة ولا نسلم ان امكان المصير الى المفهوم اللغوى
يمنع المصير الى المفهوم الشرعى فان ذلك يفضى الى ابطال كثير من المفهومات الشرعية والجواب عنهما
ان قوله انت طالق امس لمن يزوجها اليوم ما لغو لعدم شرطه وهو الملك وقت الطلاق وهو
محمول على الاخبار عن عدم النكاح مجازا فان رفع النكاح يستلزم عدمه وامكان المصير الى
المفهوم اللغوى انما لا يمنع المصير الى المفهوم الشرعى اذا لم يفض الى اللغو فاما اذا افضى اليه منعه
صونا لكلام العاقل عن الالغاء وقوله او عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج يعنى ان
هذه المراة اما ان يكون مطلقة زوج آخر او لا فان كان الثانى جعل قوله انت طالق امس اخبارا
عن عدم النكاح مجازا وان كان الاول جعل اخبارا عن كونها مطلقة ذلك الزوج ولو تزوجها
اول من امس وقع الساعة لانه ما اسنده الى حالة منافية وهو واضح ولا يمكن تصحيحه اخبارا
ايضا وهذا على الوجه الاول واضح ايضا واما على الوجه الثانى فانما يستقيم اذا كانت غير مطلقة
لغيره من الازواج واما اذا كانت مطلقة فلا يستقيم الا اذا جعل نكاح هذا الزوج رافعا لتلك
النسبة وفيه ما فيه وقوله ولو قال انت طالق قبل ان اتزوجك وما بعده واضح وقوله كما فى قوله ان
لم آت البصرة يعنى كما اذا قال لها انت طالق ان لم آت البصرة لا يقع الطلاق حتى يقع الياس عن
الاتيان فاذا انتهى الى الموت فقد وقع الياس فوجد الشرط والمحل قابل والملك باق فوقع فكذلك
ههنا وموتها بمنزلة موته يعنى يقع الطلاق بموتها قبيل موتها ايضا وقوله وهو الصحيح احتراز
عن رواية النوادر فانه قال فيها لا يقع الطلاق بموتها لان الزوج قادر على ان يطلقها ما لم تمت
وانما عجز بموتها فلو وقع الطلاق لوقع بعد الموت وهو نظير قوله ان لم آت البصرة ووجه ظاهر وهو نظير قوله ان آت البصرة ح
الرواية ان الايقاع من حكمه الوقوع فقد تحقق العجز عن ايقاعه قبل موتها لانه لا يعقبه الوقوع كما
لو قال انت طالق مع موتك فيقع الطلاق قبيل موتها بلا فصل ولا ميراث للزوج لان الفرقة وقعت
بينهما قبل موتها بايقاع الطلاق عليها والفرق بين رواية مسئلة الكتاب وبين قوله انت طالق ان
لم آت البصرة حيث لا يقع الطلاق بموتها فيه وفى مسئلة الكتاب يقع فى ظاهر الرواية هو ان فى مسئلة
الكتاب يحقق شرط الوقوع وهو عدم التطليق فى زمان يمكن التطليق وهو آخر جزء من اجزاء حياتها حيوته خ
فتطلق لوجود الشرط بخلاف قوله ان لم آت البصرة لانه لا يتحقق الشرط بموتها لانه قادر على اتيانه
بصرة فلم يتحقق الشرط فلا يقع الطلاق قال ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك اذا قال لها انت
طالق اذا لم اطلقك واذا ما لم اطلقك فاما ان نوى شيئا او لم ينو فان كان الاول فان نوى الوقت وقع

فى الحال وان نوى الشرط وقع فى آخر العمر لان اللفظ يحتملهما ونية المحتمل صحيحة وان كان الثانى
فقد اختلف فيه العلماء قال ابو حنيفة لم تطلق حتى يموت وقالا طلقت حين سكت الزوج لان
كلمة اذا موضوعة للوقت وتستعمل للشرط من غير سقوط الوقت كمتى وهو مذهب البصريين كما قال
لبيد نعوله تعالى اذا الشمس كورت لافادة الوقت الخالص فى امر مترقب اى منتظر لا محالة وبقوله
واذا تكون كريهة أدعى لها واذا يحاس الحيس يدعى جندب لافادته فى امر كاين فى الحال واشعار
بقوله فصار بمنزلة قوله متى ومتى ما الى عدم سقوط معنى الوقت عند استعماله شرطا واستوضح كونه
بمعنى متى بقوله ولهذا لو قال لامراته انت طالق اذا شئت لا يخرج الامر من يدها بالقيام كما فى قوله
متى شئت ولو كان بمعنى ان لخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما فى ان ولابى حنيفة
ان كلمة اذا مشتركة بين الظرف والشرط يستعمل فيهما وهو مذهب الكوفيين واستدل على ذلك بقول
الشاعر فى نصيحة ابنه واستغن ما اغناك ربك بالغنى واذا تصبك خصاصة فتجمل ووجه
ذلك ان اصابة الخصاصة من الامور المترددة وهى ليست موضع اذا فكانت بمعنى ان ولم يستدل
على جانب الظرفية اكتفاء بدليلهما واذا كانت مشتركة لم يجز استعمالها فيهما دفعة فان اريد به
الشرط لم تطلق فى الحال وان اريد به الوقت طلقت فلا تطلق بالشك والاحتمال بخلاف مسئلة
المشية لانه على اعتبار انه للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انه للشرط يخرج و
الامر صار فى يدها فلا يخرج بالشك وفيه نظر لان الامر صار بيدها بقوله اذا شئت فلا يمكن
ان يكون مخرجا للامر عن يدها والا لزم ان يكون الشىء الواحد علة للضدين والجواب ما قررناه
فى التقرير فليطلب ثمه ولو قال لها انت طالق ما لم اطلقك انت طالق وقع واضح واوله بقوله موصولا
لانه اذا قال ذلك مفصولا وقع قياسا واستحسانا لانه وجد الزمان الخالى عن التطليق وقوله
واخواته يريد به نحو قول الحالف هذا الثوب وهو لابسه ولا اركب هذه الدابة وهو راكبها فنزع
فى الحال ونزل منها لا يحنث وان كان اللبس القليل والركوب القليل يوجدان وقت الاشتغال بالنزع
والنزول وقوله ومن قال لامراته يوم اتزوجك فانت طالق ههنا ثلثة الفاظ النهار والليل
واليوم اما النهار فللبياض النهار خاصة واما الليل فللسواد خاصة ذلك حقيقتهما اللغوية ولهما
فانه يستعمل فى بياض النهار خاصة ومطلق الوقت بالاشتراك عند بعض والصحيح وهو مذهب
الاكثر ان اطلاقه على مطلق الوقت مجاز لان حمل الكلام على المجاز اولى من الاشتراك لعدم اخلال
الفهم بوجود القرينة وعلى التقديرين لا يخلو من الظرفية فترجح احد معنييه على الاخر بما قرن
به فان كان ممتدا وهو ما صح فيه ضرب المدة كاللبس والركوب والمساكنة وغيرها لصحة ان يقال لبست
يوما او ركبت يوما او ساكنت يوما تحمل على بياض النهار لانه يراد به المعيار وهذا اليق به وان كان مما لا

يمتد كالخروج والدخول والقدوم لعدم صحة تقديرها بزمان اذ لا يقال خرجت او قدمت او دخلت
يوما تحمل على مطلق الوقت اعتبارا للتناسب بين الظرف والمظروف قال تعالى ومن يولهم يومئذ دبره الا
متحرفا لقتال الآية والمراد مطلق الوقت لان الفار من الزحف يلحقه الوعيد ليلا كان او نهارا والطلاق
من هذا القبيل بمعنى انه من قبيل ما ليس بممتد فينتظم الليل والنهار يشير الى انه اعتبر الظروف دون المضاف
اليه لانه لتمييز المضاف من ساير الايام ولهذا لم يعمل فيه باتفاق اهل اللغة وكذلك اذا قيل عبدى حر او امرأتى
طالق يوم يقدم فلان وامرك بيدك او اختارى يوم يقدم فلان يعتق عبده ويطلق امراته بقدومه
ليلا او نهارا لعموم المجاز ولم يكن الامر والاختيار بيدها بقدومه ليلا مع اتحاد المضاف اليه فيهما الا
باعتبار المظروف فى الثانى دون الاول واعتباره عامة المشايخ انما هو فيما لا يختلف فيه الجواب
بالنظر الى حصول المقصود وهو ما اذا كان المظروف والمضاف اليه كلاهما مما لا يمتد كقوله يوم يقدم فلان
فانت طالق ولهذا لم يعتبر كلهم فيما اذا اختلف الجواب فيه كمسئلة الاختيار والامر باليد الا المظروف
فان قيل اعتبر المصنف المضاف اليه فى مسئلة يوم اكلم فلانا فامراته طالق مع اختلاف الجواب لان
الكلام مما يمتد اجيب بان ذلك انما هو باعتبار ان الكلام عنده غير ممتد كما قاله بعض المشايخ و
حينئذ لا يختلف الجواب فيجوز اعتباره لاستقامة الجواب وهو المقصود ولو قال عنيت به بياض
النهار خاصة دين فى القضاء لانه نوى حقيقة كلامه وقد تقدم وجه صحة نية الحقيقة مع استغنائها
عنها **فصل** لما كان اضافة الطلاق الى النساء مخالفة لاضافته الى الرجال ذكرها فى فصل على حدة
وذكر فيه مسائل اخر متنوعة وكان حقها ان يذكر فى مسائل شتى ومن قال لامراته انا منك طالق
فليس بشىء وان نوى طلاقا ولو قال انا منك باين او عليك حرام ونوى الطلاق طلقت وقال الشافعى
يقع الطلاق فى الوجه الاول ايضا اذا نوى لان الطلاق وضع لازالة ملك النكاح والحل المشتركين بين
الزوجين فان الحل المشترك بينهما وهو ظاهر وكذلك النكاح كما ذكر فى الكتاب لانها تملك المطالبة بالوطى
كما انه يملك المطالبة بالتمكين ولانهما يسميان متناكحين ويذكر كل منهما فى عقد النكاح والطلاق
وضع لرفع حكم لا محالة وكل ما وضع لذلك صح مضافا اليهما كما صح فى الابانة والتحريم وقلنا الخ
ان الطلاق وضع لازالة ملك النكاح والحل المشتركين بل وضع لازالة القيد وهو فيها دون الزوج
الا يرى انها الممنوعة عن التزوج والبروز سلمنا انه وضع لذلك لكن ملك النكاح له عليها لانها مملوكة
والزوج مالك ولهذا لانها تملك بالنكاح المهر والنفقة فى مقابلة النكاح ولا يمكن ان يجتمع البدلان فى
ملك شخص واحد وقوله ولهذا اى لانها مملوكة سميت منكوحة اى واردا عليها ملك النكاح بخلاف
الابانة لانها لازالة الوصلة وهى مشتركة وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك فصح اضافتهما
الى الزوجين ولا يصح اضافة الطلاق الا اليها قيل لو كان الرجحان فى الابانة والحل مشتركين لاتحدا فى

حق الصفة الابانة والحرمة ايهما واللازم باطل فانه اذا قال انت باين او حرام ونوى
الطلاق وقع ولو قال انا باين او حرام ونوى الطلاق لم يقع ما لم يقل منك وعليك واجيب بان هذا
الاختلاف لم ينشا من عدم الاشتراك بل من حيث تعدد الملك والحل من جهته دونها فانه ليس
عليها ملك غيره ولا تحل على غيره ما دامت في عصمته وكانت الجهة متعينة فاكتفى بقوله انت
باين او حرام واما الزوج فله ملك على غيرها ويحل على غيرها وان كانت في عصمته فلا بد
من ذكر منك او عليك تعيينا للجهة قوله ولو قال انت طالق واحدة او لا فليس بشيء ظاهر
وقوله ولا فرق بين المسئلتين يعني بين قوله انت طالق واحدة او لا وبين قوله انت طالق واحدة
او لا شيء في حق التشكيك في الايقاع او في حق الوضع قوله ولو كان المذكور ههنا اي في الجامع الصغير
قول الكل فعن محمد فيه روايتان لانه لم يذكر الخلاف في وضع الجامع الصغير في انه لا يقع شيء فكان
عند محمد ايضا لا يقع شيء ثم ذكر قول محمد في طلاق المبسوط بان عنده تطلق واحدة رجعية اذا
قال انت طالق واحدة او لا شيء ولا تفاوت بين الوضعين وذلك يستلزم ورود الروايتين عنه
وقوله لما اي لمحمد انه ادخل الشك ظاهر وقوله ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف ان الوصف يعني انت
طالق متى قرن بالعدد مثل ان يقول انت طالق واحدة او ثنتين او ثلثا كان الوقوع بذكر العدد اطلاق
العدد على الواحد مجاز من حيث انه اصل العدد ومعنى كلامه ان الوصف متى قرن بالعدد كان الكل كلاما واحدا
في الايقاع فحينئذ كان الشك الداخل في الواحدة داخلا في الايقاع فكان نظير قوله انت طالق او لا وهكذا
لا يقع شيء بالاتفاق فكذلك ههنا واستوضح ذلك بقوله الا ترى وهو واضح وقوله على ما مر اراد به قوله
وكان الوقوع بذكر العدد وقوله فلا اجتماع بين المالكية والمملوكية قد بعدم تقريره مستوفى وقوله
فلان ملك النكاح ضروري بيانه ان ملك النكاح اثبات الملك على الحرة وهو على خلاف القياس وما هو
كذلك فهو ضروري فاذا طرئ عليه الحل القوي وهو ملك اليمين ينتفي الحل الضروري لضعفه فان قيل هذا
مسلم فيما اذا ملك الزوج جميع منكوحته بملك اليمين فاما اذا ملك شقصا منها فينبغي ان لا ينتفي الحل
الثابت بينهما بالنكاح لانه لم يطرء عليه الا حل قوي ولا ضعيف اجيب بان ملك اليمين دليل الحل فقام مقامه
تيسيرا ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه
يعني من حيث العدة لانها الزمن اثاره فلا يجتمع مع وجود المنافي والا لكان ملك النكاح باقيا من وجه لا
من كل وجه يعني من حيث ملك النكاح وعلى هذا لو كان قوله لا من وجه ولا من كل وجه متعلقا بقوله ولا بقاء
وقيل لا من وجه يعني اذا ملك الشقص ولا من كل وجه يعني اذا ملك الجميع وعلى هذا يتعلق بقوله مع المنافي
قوله لا عدة هناك يعني في حق مولاها الذي كان زوجها اي لا يظهر اثر عدتها بدليل حل وطئها واما العدة في
نفسها فواجبة حتى انه لو اعتقها ليس لها ان تتزوج باخر قبل انقضاء عدتها قال وان قال لها وهي امة

— —

لغيره ومن قال للمراة وهي امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الزوج
الرجعة لانه علق التطليق بالاعتاق او العتق وهذا الكلام يحتاج الى بيان انه تعليق مع عدم نفي من اداته
وانه تعليق التطليق المذكور وهو الطلاق وانه تعليق التطليق بالاعتاق او العتق اما انه تعليق فلان بينه المص
بقوله والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود وللحكم تعلق به والمذكور يعني قوله مع عتق مولاك
اياك بهذه الصفة لان الاعتاق من المولى امر متردد بين الوجود والعدم والحكم وهو الطلاق تعلق به
وكان العتق شرطا ووقوع الطلاق مشروطا واما انه تعليق التطليق فلان تصرف المرء انما ينفذ فيما
يملكه وهو التطليق دون الطلاق لكونه امرا شرعيا ليس داخلا تحت قدرته واشار الى ذكر بقوله والمعلق به
التطليق لان في التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا بناء على ان الشرط عندنا يمنع
علية العلة الى زمان وجوده كما عرف في الاصول واما انه تعليق التطليق بالاعتاق او العتق فلما قال
لان اللفظ ينتظمها اي يتناولهما على سبيل البدل اما الاعتاق فعلى طريق الاستعارة لما ان العتق لا يتصور
في غير القريب الا بالاعتاق كان من باب ذكر الحكم وارادة علته واما العتق فعلى طريق الحقيقة و
هو الملفوظ فثبت انه علق التطليق بالاعتاق او العتق واذا كان التطليق معلقا بالاعتاق او العتق
يوجد بعده لان الجزاء يعقب الشرط ثم الطلاق يوجد بعد التطليق بعدية ذاتية لكونه حكمه فيكون الطلاق
متاخرا عن العتق فيصادفها وهي حرة فلم تحرم بالثنتين حرمة غليظة بقي عليه شيء وهو ان كلمة مع للمقارنة
فيكون منافيا لمعنى الشرطية واجاب عنه بقوله قلنا قد تذكر للتاخر كما في قوله تعالى فان مع العسر يسرا
ان مع العسر يسرا فيحمل عليه ما ذكرنا بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط ضرورة تصحيح الكلام و
فيه بحث من وجهين احدهما ان قوله مع عتق مولاك اياك لا يصح الا بمعنى الاعتاق فاوجد الشق الثاني
من الترديد والثاني انه على ذلك التقدير يجب ان يقع طلاق من قيل لها وهي اجنبية انت طالق مع نكاحك
لانه يكون ان نكحتك لكن لا يقع والجواب عن الاول ان وجه النظر الى لفظ العتق ليتبين اثره فيما
اذا قال لها انت طالق مع عتقك في عدم اختلاف الحكم بينه وبين الصورة المذكورة في الكتاب وعن
الثاني بان العدول عن معنى القران الذي هو حقيقة مع انما كان ضرورة صيانة كلام من يملك التصرف
في ذلك تنجيزا او تعليقا مطلقا وفيما ذكرتم ليس كذلك فانه لا يملك التنجيز والا التعليق الا بالنكاح
بصريح الشرط ولا يلزم من صيانة كلام القادر مطلقا صيانة من ليس كذلك واذا قال اذا جاء غد
فانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فانت حرة فجاء الغد حرمت حرمة غليظة لم يحل له
حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلث حيض عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد زوجها يملك
الرجعة كما في المسئلة المتقدمة واعلم ان دليل محمد على ما ذكر في الكتاب ليس بصحيح ولا يقبل الا صلاحا
بالعناية وانا اذكره بتوضيح تبعا للمصنف قال لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى معنى يعني على

وجد التعليق حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى فكانا مقترنين في ذلك الشرط وهو مجي الغد والمعلق
بالشرط انما ينعقد سببا عند الشرط فكانا مقترنين في السببية بحكميهما ايضا والعتق يقارن الا
عتاق لانه علته والحكم لا يتاخر عن العلة زمانا عند المحققين سواء كانت العلة شرعية او عقلية اصله
الاستطاعة مع الفعل كما عرف فيكون التطليق مقارنا للعتق على ما ذكرنا والاعتاق مقارن للعتق والطلاق
يقارن العتق لما ذكرنا انه علته لا يتاخر عنها فالتطليق يقارن العتق وهذا كله صحيح وقوله فطلق
بعد العتق فاسد لان الطلاق حكم التطليق لا يتاخر عنه والتطليق يقارن الاعتاق والاعتاق يقارن
العتق فالطلاق يقارن العتق فان المقارن المقارن للشيء مقارن لذلك فكيف يقع بعده واذا كان العلتان
والمعلولان معا فكما ان الاعتاق صادفها وهي امة فكذلك التطليق والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة
وظهر من هذا جميع ذكره وقد ذكر محمد ايضا انه قال انت حرة او جزمن قوله انت طالق ثنتين وهما اي
الاعتاق والتطليق يوجدان بهذين اللفظين في زمان واحد فيتقدم اوجزها في الوجود وهو قوله انت
حرة فيصادفها التطليقتان وهي حرة فيملك الرجعة عليها وهذا قريب لان قوله في زمان واحد يناقض
قوله فيتقدم اوجزها **فصل في تشبيه الطلاق ووصفه** ذكر وصف الطلاق بعد ذكر
اصله وتنويعه في فصل على حدة لكونه تابعا ومن قال لامراته انت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة
والوسطى فهي ثلث لان الاشارة بالاصبع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا قرنت بالعدد لما روي عن
ابن عمر قال ان النبي صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا وهكذا وهكذا وخنس الابهام في الثالثة يعني ان الشهر يكون
تسعة وعشرين يوما ومعنى خنس قبض فان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بثنتين فهي ثنتان
وقد طعن بعض الجهال على محمد في قوله سبابة بانه اسم جاهلي والاسم الشرعي المسبحة واجيب بانه جاء
في الحديث السبابة يروي عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال كيف الطهور فدعا
رسول الله صلى الله عليه وسلم بماء فتوضا فادخل اصبعيه السبابتين اذنيه فمسح بابهاميه ظاهر اذنيه رواه
الطحاوي في شرح الاثار وقوله قلنا اشارة الى قوله لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد
في مجرى العادة اذا قرنت بالعدد وقوله والاشارة تقع بالمنشورة ظاهر وقوله ولنا انه وصف
اي وصف الطلاق بما يحتمله الا يرى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به ولو لم يكن من
محتملاته لم تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين احد المحتملين واعترض عليه بانه لو كان محتملا
لها لجاز نيتها فيقع بقوله انت طالق واحدة بائنة اذا نوى وليس كذلك واجيب بان النية انما تعمل
اذا لم تكن مغيرة للمشروع ونية البائن من قوله انت طالق تغير المشروع لان الطلاق شرع معقبا
للرجعة ورد بانه تسليم لدليل الخصم ومحوج الى الفرق بين عدم جواز كون النية مغيرة وجواز
كون الوصف مغير المشروع واجيب بان الفرق بينهما ان الوصف الملفوظ اقوى في اعتبار الشرع من النية

بدليل

بدليل انه لو قال انت طالق ولم يتقدم له تطليق اعتبر الشرع ذلك طلاقا وعني به مشروعا وهو
عدم اعتبار الكذب ولو نوى طلاقا ولم يتلفظ بلفظ لم يعتبر طلاقا فلئلا يتغير المشروع وشرعية
الوقوع بالفاظ الطلاق وقوله الرجعة ممنوعة اي لا نسلم انه لا يقع بائنا بل يقع واحدة بائنة ولئن
سلم فالفرق ان في قوله لا رجعة تصريحا بنفي المشروع وفي مسئلتنا وصفه بالبينونة ولم ينف الرجعة
صريحا لكن يلزم منها نفي الرجعة ضمنا وكم من شيء يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا كذا افاد شيخ شيخي العلامة
وقوله فيقع واحدة بائنة يعني فيما اذا قال انت طالق بائن اذا لم يكن له نية او نوى اثنتين اما اذا نوى
الثلث فثلث لما مر من قبل اي في باب ايقاع الطلاق بقوله ونحن نقول نية الثلث انما صحت لكونها جنسا وقوله
تطلقتان بائنتان يعني عندنا وفي قول الشافعي تطليقتان رجعيتان وقوله لان هذا الوصف يعني
قوله بائن او البتة يصلح لابتداء الايقاع بان كان يقول انت بائن او انت البتة ونوى به الطلاق وكذا
اذا نوى به تطليقة اخرى ويكون خبرا بعد خبر فكان كقوله انت طالق انت بائن وكان ينبغي ان
يكون احدهما رجعيا عملا بقوله انت طالق الا انا جعلناه بائنا لعدم الامكان لان الثاني يكون بائنا
لا محالة عندنا فيكون الاول كذلك ضرورة اذ لا يتصور بقاء الاول رجعيا اذا الثاني بائنا وهذا يشير الى
ان الاول يقع رجعيا ابتداء فينقلب بائنا بوقوع الثاني بائنا لعدم تصور بقائه رجعيا وهذا لان
من الناس من ذهب الى ان الاول يقع رجعيا فان اراد ما ذكرناه فلا كلام فيه وان اراد بقاءه رجعيا
فليس بصحيح وقوله وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق معطوف على قوله انت طالق بائن في الا
حكام الاربعة وهي قوله فيقع بائنة اذا لم يكن نية او نوى الثنتين ولو نوى الثلث فثلث ولو نوى بقوله
انت طالق واحدة وبقوله افحش الطلاق يقع تطليقتان وكذا الجواب في قوله اخبث الطلاق واشره او
اشده او اكبره او اسوءه لان الطلاق انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو البينونة في الحال لا
باعتبار ذاته لكونه غير محسوس وما هو غير محسوس فانما يعرف باثره فصار كانه قال انت بائن فان
قيل افحش واشر ونحوهما افعل التفضيل فيقتضي فاحشا وافحش والفاحش هو البائن والافحش منه
الثلث فينبغي ان يقع الثلث به نوى او لم ينو اجيب بان افعل قد يكون لاثبات اصل الوصف من غير
زيادة كقوله الناقص والاشج اعدلا بني مروان وهو مشهور يسمى الاضافة بالمعنى الثاني وكلامه واضح
لا يحتاج الى شرح وذكر الاصل الذي يبتني عليه اقوالهم وهو ايضا واضح وقوله وبيانه في قوله مثل راس
الابرة يقع به واحدة بائنة عند ابي حنيفة خاصة على تقدير ان يكون محمد مع ابي يوسف وقوله مثل عظم
راس الابرة يقع به واحدة بائنة عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وقوله ومثل الجبل تقع به واحدة بائنة
عند ابي حنيفة وزفر ومحمد ان كان مع ابي حنيفة وقوله مثل عظم الجبل يقع واحدة بائنة بالاتفاق
اما عند ابي حنيفة فلوجود التشبيه واما عند ابي يوسف فلذكر العظم واما عند زفر فلكون الجبل مما يوصف

بالعظم عند الناس **فصل في الطلاق قبل الدخول** لما كان الطلاق قبل الدخول من الطلاق بعده بمنزلة العارض
من الاصل و للاحكام جمة ذكره في فصل على حدة بعد ذكر ما هو الاصل اذا قال لغير المدخول بها انت طالق ثلثا
وقعن وقال الحسن البصري يقع واحدة بقوله انت طالق وتبين بها لا الى عدة وقوله ثلثا يصادفها وهي
اجنبية فلا يقع به شي كما لو قال انت طالق طالق طالق ولنا ما ذكر في الكتاب وهو ان الواقع
مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلثا على ما بينا يعني قبل هذا ان الوصف متى قرن بالعدد كان
بذكر العدد دالا اخره وانما نعني المصدر محذوفا لان الوصف نعت المراة وهي غير متعددة
فلا بد من تقدير شي يحتمل التعدد والمصدر اولى بذلك لدلالة الوصف عليه فلذلك كان الواقع
مصدرا محذوفا لم يكن قوله انت طالق ايقاعا على حدة والا لزاد عدد الطلاق وهو غير مشروع
فيقعن جملة وصار الكل كلاما واحدا ولا كذلك انت طالق طالق طالق لكونها جملا فيكون كل واحد
ايقاعا على حدة وتبين بالاولى ولا يقع الثانية اذ لم يذكر في اخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف
عليه لان الثانية يصادفها وهي مبانة كما لو قال انت طالق واحدة وواحدة ولو قال انت طالق
واحدة فماتت قبل قوله واحدة بطل لانه قرن الوصف بالعدد وكان الواقع هو العدد فاذا
ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فبطل وكذا لو قال انت طالق ثنتين او ثلثا لما بينا
انه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد وهذه اي هذه المسائل الثلث وهي قوله انت
طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة وكذا لو ماتت قبل قوله ثنتين او ماتت قبل قوله ثلثا يوافق ما
قبلها وهو قوله واذا طلق الرجل امراته ثلثا قبل الدخول بها وقعن من حيث الدليل وهو ان الواقع فيهما
جميعا ذكر العدد لا ذكر الوصف وحده الا ان الحكم اختلف لان ذكر العدد الذي هو الواقع في هذه
المسائل الثلث صادف المراة وهي ميتة فلم يقع الطلاق اصلا وهناك لما لم يقع الطلاق بذكر الوصف
نفسه بل بالعدد وصادفها العدد وهي منكوحة حية وقع الثلث لكون الواقع هو العدد فكان
الاعتبار في الصورتين العدد لا الوصف قوله ولو قال انت طالق واحدة قبل واحدة اعلم ان كلمة
قبل للتقديم وكلمة بعد للتاخير فاذا قال انت طالق واحدة او بعدها واحدة وقعت واحدة واذا قال
انت طالق واحدة او بعد واحدة وقعت ثنتان وذلك مبني على اصلين ذكرهما المصنف في الكتاب احدهما
ان الظرف اذا قيد بالكناية كان صفة لما بعده واذا لم يقيد كان صفة لما قبله والثاني ان الايقاع
في الماضي ايقاع في الحال لان الاسناد ليس في وسعه فاذا قيل لغير المدخول بها انت طالق واحدة قبل واحدة
كان الظرف صفة لما قبله فيقع واحدة قبل الاخرى فيفوت المحل ويلغو الثانية واذا قال قبلها واحدة
يكون صفة للثانية فاقتضى ايقاعها في الماضي وايقاع الاولى في الحال والايقاع في الماضي ايقاع في الحال
فيقترنان في الوقوع والبعدية في قوله بعد واحدة صفة لما قبله فاقتضى ايقاع الاولى وايقاع الثانية
في الحال

قبل واحدة

قبلها واحدة

امراته

قبلها

قبلها فيقترنان كما في قوله بعدها واحدة صفة للثانية فتبين بالاولى ويلغو الثانية
لفوات المحلية ولو قال انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة وقعت ثنتان لان
كلمة مع للقران فيقع الاولى على الثانية تحقيقا للمراد فوقعا معا وعن ابي يوسف في قوله
معها انه يقع واحدة لان الكناية تستدعي سبق المكنى عنه وجودا وذكر في الطلاق بالوقوع
وقوله وفي المدخول بها يقع ثنتان في الوجوه كلها اي فيما ذكر قبل وبعد بالكناية وغيرها لبقاء
المحلية بعد وقوع الاولى **قال** ولو قال لها ان دخلت الدار اذا علق بالشرط عددا من
الطلاق وعطف بعضه على بعض بالواو فاما ان قدم الشرط او اخره فان كان الثاني كما اذا
قال انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت وقع الجميع بالاتفاق وان كان
الاول كما اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فكذلك عندهما وقال ابو حنيفة
يقع واحدة لهما ان الواو للجمع المطلق وقد دخلت بين الاجزية فيجمع بينها فيتعلقن جميعا
وينزلن جملة كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق ثلثا لان الجمع بالواو والجمع كالجمع بلفظ الجمع
وكما لو اخر الشرط فان تاخيره لا يغير موجب الكلام وله ان الجمع المطلق يحتمل القران و
الترتيب لان تحققه في الخارج لا يمكن الا باحد الوجهين وعلى اعتبار الاول يقع الجملة وعلى اعتبار
الثاني لا يقع الا واحدة كما اذا نجز بهذه اللفظة بان قال لها انت طالق واحدة وواحدة فانه
لا يقع الا واحدة بالاتفاق فكان في الزائد على الواحدة شك فلا يقع بخلاف ما اذا اخر الشرط
لانه مغير صدر الكلام عن التنجيز الى التعليق وكل ما كان كذلك توقف فيه صدر الكلام عليه
فيقعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف فوقع على الترتيب فبانت بالاولى فلا
تقع الثانية ولم يجب عن التنصيص بلفظ الجمع لظهوره لانه لا يحتمل الترتيب وفي قوله ولو عطف
بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكره الكرخي فانه جعل العطف بالواو والفاء سواء وقال ان
حرف العطف يجعلها كلاما واحدا فتعلق كما في صورة الواو وسواء قدم الشرط او اخر عندهما
خلافا له وذكر الفقيه ابو الليث انه يقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح
قال واما الضرب الثاني وهو الكنايات لما فرغ من الضرب الاول وهو الصريح شرع في بيان
الضرب الثاني وهو الكنايات الكناية ما استتر المراد به وحكمها ان لا يجب العمل بها الا بالنية او ما
يقوم مقامها من دلالة الحال لانها غير موضوعة لما استعملت فيه بل تحتمله وغيره فلا بد من
التعيين او دلالته ثم الكناية على ضربين ما يكون الواقع به واحدة رجعية وما يكون واحدة
باينة فالاول ثلثة الفاظ هي اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة ولا بد لكل واحد منها من
احتمال المعنيين حتى يحتاج الى التعيين بالنية او بما يقوم مقامها من دلالة الحال وقد ذكر المص

في كل واحد منها ذكره وكلامه فيه واضح وقوله لان قوله انت طالق فيهما اي في هذه الالفاظ الثلثة مقتضى
اي ثابت بالاقتضاء في قوله اعتدي واستبرئي كما اشار اليه في قوله فيقتضي طلاقا سابقا لان
الامر بالاعتداد بغير طلاق غير صحيح فلا بد من تقدير الطلاق سابقا وقوله او مضمر يعني في قوله
انت واحدة وقوله ولا معتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ يعني سواء قال انت واحدة
بالنصب او بالرفع او بالسكون فقوله هو الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ يقع الطلاق
اذا نصب الواحدة وان لم ينو لكونه صفة للطلقة اما اذا رفعها فلا يقع وان نوى لانها حينئذ
تكون صفة شخصها وقيل هو محمد وعند ابي يوسف يقع في الاحوال كلها لان نية الطلاق تعرب عن
الغرض وان اخطاء في الاعراب وان سكن فهو محتاج الى النية لاحتمال المعنيين والصحيح
ان الكل سواء لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب والثاني هو بقية الكنايات في المذكورة
في الكتاب اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى ثلثا كان ثلثا وان نوى ثنتين كانت واحدة
اما وجوب النية فلما ذكرنا من احتماله الطلاق وغيره الا ان تكون في حال مذاكرة الطلاق فان القاضي
يحكم بالوقوع وان ادعى الزوج عدم النية واما جواز نية الثلث فلان الواقع بها اذا كان بائنا
فالبينونة تتصل بالمراة للحال والاتصال لها وجهان انقطاع يرجع الى الملك وانقطاع يرجع الى الحل
فتعدد المقتضي بتعدد المقتضي على الاحتمال فصح تعيينه والمنفي بمعزل عن ذلك قال المصنف سوى
يعني العدد ركان القدوري سوى بين الفاظ الكنايات في وقوع الطلاق بلا نية حال مذاكرة الطلاق وليس
على اطلاقه بل انما ذلك فيما لا يصلح ردا فلا بد من بيان وتبين بقوله والجملة في ذلك ان الاحوال ثلثة حالة
مطلقة وهي حالة الرضى وحالة مذاكرة الطلاق بان تسال هو ذلك وحالة غضب الزوج والكنايات
ثلثة اقسام ما يصلح جوابا وردا وهو سبعة اخرجي اذهبي اعزبي قومي تقنعي استبرئي تخمري اما
صلاحية هذه الالفاظ للرد فان يريد الزوج بقوله اخرجي اترك سوال الطلاق وكذلك اذهبي وقومي
واما تقنعي فمن القناعة وقيل من القناع وهو الخمار ومعنى الرد فيه وهو ان سوى واقنعي بما رزقك
الله مني من امر المعاش واتركي سوالك الطلاق واشتغلي بالتقنع الذي هو اهم لك من سوال الطلاق وكذا
قوله استبرئي وتخمري لانهما من الستر والخمار وما يصلح جوابا لا ردا ثمانية الفاظ خلية برية بائن
بتة حرام اعتدي امرك بيدك اختاري والخمسة الاول تصلح للسب والشتيمة ايضا اذا عرفت هذا
ففي حالة الرضى لا يكون شيء منها طلاقا الا بالنية لما قلنا ان هذه الالفاظ تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من
النية لتعيين احد المحتملين والقول قوله في انكار النية مع يمينه وفي حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق
قضاء في قوله لم انو الطلاق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا وهو الالفاظ الثمانية المذكورة لان الظاهر ان
مراده الطلاق عند سوال الطلاق والحاكم انما يتبع الظاهر ويصدق فيما يصلح جوابا وردا وهو الالفاظ

السبعة

السبعة المتقدمة وقوله وما يجري هذا المجرى يريد به مثل اعزبي واستتري لانه يحتمل الرد وهو الادنى
فحمل عليه وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك يعني اقسام الكنايات لاحتمال الرد والسب الا فيما يصلح للطلاق
ولا للرد والشتم وهو ثلثة الفاظ اعتدي واختاري وامرك بيدك فانه لا يصدق فيها لان الغضب يدل
على ارادة الطلاق وعن ابي يوسف انه اذا قال في حالة الغضب لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك
وفارقتك وقال لم انو الطلاق صدق لما فيها من احتمال السب وهذه اربعة الفاظ وقيل خامسها الحقي باهلك الحقها ابو يوسف بالخمسة المذكورة المحتملة للسب من حيث احتمالها السب فان
قوله لا ملك لي عليك يحتمل ان يكون معناه لانك اقل من ان تنسبي الي ملكي او انسب اليك بالملك ولا سبيل
لي عليك لسوء خلقك واجتماع الشر فيك وخليت سبيلك لقذارتك وفارقتك في المضجع لفركك
وعدم نظافتك والحقي باهلك لانك احقر من ان يكون لي حليلتي قال ثم وقوع البائن بما سوى
الثلاثة مذهبنا ثم وقوع البائن بما سوى الثلثة الاول مذهبنا وهو مذهب عامة الصحابة وقال
الشافعي تقع بها رجعي وهو مذهب عمر وابن مسعود لان الواقع بها طلاق واحد لانها كنايات عن الطلاق
ولهذا اشترط النية والكنايات عن الطلاق طلاق ولهذا ينتقص به العدد والطلاق
معقب الرجعة كالصريح فانه انما يكون معقبا للرجعة لكونه طلاقا ولنا ان تصرف الابانة صدر عن
اهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية وكل ما صدر من اهله كذلك كان صحيحا لا محالة اما الاهلية
فلا خفاء فيه لان الكلام في الاهل واما المحلية فثابتة ولهذا كانت المراة محلا للبينونة الغليظة
بالاتفاق واما الولاية الشرعية فلان الدليل على ولاية الطلاق شرعا وهو مساس الحاجة الى اثباتها دال
على ولاية الابانة بوجهين ذكرهما المصنف احدهما قوله كيلا ينسد باب التدارك والثاني قوله ولا يقع في
عدتها بالمراجعة من غير قصد وقوله باب التدارك اي تدارك فوت المراة عن نفسه لانه لو لم تقع البينونة
عند نيته عسى يقع المراة عليه نفسها وقبلته بشهوة فيثبت الرجعة والزوج يريد فراقها كذا
في النهاية وفي هذا كما يرى جعل الوجهين وجها واحدا لانه بعينه تفسير الوجه الثاني وان جعلت
الثاني تفسيرا للاول بالعطف فسد الكلام جملة لان وقوع المراجعة من غير قصد لا يستقيم على مذهبهم
واذا فسد التفسير فسد المفسر والاولى ان نفسر قوله كيلا ينسد باب التدارك بان الرجل قد
يكون نافرا عن المراة جدا بسبب من الاسباب فيريد فراقها على وجه لا يحل له الرجوع ثم يبدو له هو
لم يوجد الواحد الا بان يطلقها ثلثا ولا يرضى بالتحلل فينسد عليه باب التدارك اما اذا وجد
ذلك فيتدارك بتجديد النكاح واما الوجه الثاني فتفسيره ما ذكره صاحب النهاية ولقائل ان يقول هذا
الدليل يدل على ان تصرف الابانة قد صدر من اهله لما ذكره فيكون صحيحا والمدعى ان هذا التصرف
تصرف ابانة فلا بد من اثباته ليصح ان يقال تصرف الابانة صدر من اهله والجواب ان هذا الدليل يدل على

الابانة التي يمكن بها التدارك ولا يقع في عدتها بالمراجعة من غير قصد محتاج لابد منها وهو لا يمكن ان تكون البينونة
الغليظة لانسداد باب التدارك بها فتعين ان تكون البينونة الخفيفة بطلقة واحدة وقوله و
ليست كنايات عن التحقيق جواب عن قوله لانها كنايات عن الطلاق وتقديره ان الكناية عن الطلاق
الصريح انما يكون كالصريح في العمل ان لو كانت حقيقة وليست كذلك لانها عوامل في حقايقها وقوله
والشرط تعيين احد نوعي البينونة جواب عن قوله ولهذا يشترط النية وتقديره اشتراط النية
لو كان لاجل الطلاق كان دليلا على ما ذكرتم وليس كذلك بل هو لتعيين احد نوعي البينونة الغليظة والخفيفة
لا للطلاق يعني النية شرط الطلاق البائن لا للطلاق المجرد وقوله وانتقاص العدد جواب عن قوله و
ينتقص به العدد وتقريره ان الطلاق البائن يزيل الوصلة وكل ما هو كذلك ينتقص بها العدد وتحقيقه
انه لا منافاة بين نقص العدد والطلاق البائن وكان النقص من حيث كونه طلاقا بائنا وقوله وانما يصح نية
الثلث جوابا عما لو كانت عوامل في حقايقها لما صح نية الثلث في قوله انت باين مثلا كما لا يصح في قوله انت طالق
لانه عامل بنفسه وتقريره صحة نية الثلث لم يكن من حيث انه عامل في حقيقته بل من حيث تنوع البينونة الى
غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى وهو الواحد البائن ولا يصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر
لانه عدد وقد بيناه من قبل يعني في اوايل باب ايقاع الطلاق وهو قوله ونحن نقول نية الثلث انما صحت لكونها
جنسا الى آخره قال وان قال لها اعتدي اعتدي اعتدي هذه المسئلة تحتمل وجوها تفصيلها نوى بالجميع طلاقا
وقعت ثلث نوى بالجميع حيضا وقعت واحدة لم ينو شيئا لم يقع شيء نوى بالاولى طلاقا لا غير وقعت ثلث
نوى بالثانية طلاقا لا غير وقعت ثنتان نوى بالثالثة طلاقا لا غير وقعت واحدة نوى بالاولى حيضا لا
غير وقعت ثلث نوى بالثانية حيضا لا غير وقعت ثنتان نوى بالثالثة حيضا لا غير وقعت واحدة
نوى بالاولى طلاقا وبالثانية حيضا لا غير وقعت ثنتان نوى بالاولى طلاقا وبالثالثة حيضا لا غير وقعت
ثنتان نوى بالثانية طلاقا وبالثالثة حيضا لا غير وقعت واحدة نوى بالاوليين طلاقا لا غير وقعت ثلث
نوى بالاخريين طلاقا لا غير وقعت ثنتان نوى بالاوليين حيضا لا غير وقعت ثنتان نوى بالاخريين
حيضا لا غير وقعت واحدة نوى بالاولى والثالثة طلاقا لا غير وقعت ثلث نوى بالاولى والثالثة حيضا لا غير
وقعت ثنتان نوى بالاولى والثانية طلاقا وبالثالثة حيضا وقعت ثنتان نوى بالاولى والثالثة طلاقا وبالثانية
حيضا وقعت ثنتان نوى بالثانية والثالثة طلاقا وبالاولى حيضا وقعت ثلث نوى بالاولى والثانية حيضا
وبالثالثة طلاقا وقعت ثنتان نوى بالاولى والثالثة حيضا وبالثانية طلاقا وقعت ثنتان نوى بالثانية
والثالثة وبالاولى طلاقا وقعت وبناء هذه الوجوه على الاقتضاء وعلى حال مذاكرة الطلاق وعلى ان النية
يبطل مذاكرة الطلاق فاعتبر ذلك والله الموفق وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية انما يصدق مع
اليمين لانه امين في الاخبار عما في ضميره والقول قول الامين مع اليمين

باب تفويض الطلاق

واخرة

لما فرغ من تصرف نفس الرجل في الطلاق شرع في بيان التصرف الحاصل فيه من غيره في باب على حدة واخره لان
الاصل تصرف المرء لنفسه

فصل في الاختيار

هذا الباب ثلث فصول بالاستقراء ذكرها متوالية
وكلامه واضح وحاصله ان فيه قياسا واستحسانا القياس يقتضي ان لا يقع بهذا شيء وان نوى الزوج الطلاق
لانه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ حتى لو قال اخترتك من نفسي واخترت نفسي منك لا يقع شيء ومن لا يملك شيئا لا يملك
تمليكه لغيره لكن استحسنوا ترك القياس لاجماع الصحابة روي عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وابن عمر و
جابر وزيد وعايشة رضي الله تعالى عنهم اجمعين انهم قالوا اذا خير الرجل امرأته كان لها الخيار ما دامت في
مجلسها ذلك فاذا قامت فلا خيار لها ولم ينقل عن غيرهم خلاف ذلك فحل محل الاجماع قوله ولانه تمليك دليل معقول
على ان الاصل ان يقتصر الجواب على المجلس كما في البيع وهو مخالف لما ذكره صاحب النهاية ان القياس ان لا يبطل
خيارها بالقيام عن المجلس لان التخيير من الزوج مطلق والمطلق فيما يحتمل التابيد يتابد لكن تركنا هذا
القياس باثار الصحابة والمصنف جعله كالبيع في كونه تمليكا لا يخلو اما ان يكون البيع مما يتابد او مما ثم
لا يتابد فان كان الاول بطل القياس على قياس المصنف التخيير على البيع لانه مما يقتصر على المجلس وان كان الثاني كان
الاختيار كذلك فلم يكن القياس ما ذكر صاحب النهاية ثم فرق في النهاية بين التمليك والتوكيل بان التمليك يقتضي
ان يكون المملك اليه عاملا لنفسه والتوكيل يقتضي ان يكون الوكيل عاملا لغيره والمرأة بعد التخيير انما تعمل
لنفسها فكان التخيير تمليكا لا توكيلا واورد على ذلك شبها احدها ان رب الدين اذا وكل المديون بابراء ذمته
عن الدين فهو وكيل وان كان عاملا لنفسه في ابراء ذمته عن الدين والدليل على انه وكيل عدم الاقتصار على المجلس
وتمكن صاحب الدين الرجوع قبل الابراء والثاني ان التخيير لو كان تمليكا لتوارد ملكه وملكها على الطلاق دفعة
وهو لا يصح والثالث انه لو نوى قال طلقي نفسك ثم حلف ان لا يطلق وطلقت هي نفسها حنث الزوج في
يمينه ولو ملكت طلاقها لما حنث واجاب عن الاولى على حاصله ان تصرف المديون لنفسه وقع في ضمن
صحة وكالته والضمني غير معتبر وهو ليس برافع لجواز ان يقال مثله في التخيير بانها تعمل لنفسها في ضمن صحة و
كالتها وكذا بقية كلامه في الاجوبة لا يخلو عن ضعف يطول الكلام بذكره واقول التمليك هو الاقدار الشرعي
على محل التصرف والتوكيل هو الاقدار على التصرف وحينئذ يندفع الشبهة الاولى والجواب عن الثانية ان
التخيير تمليك لكن لا يثبت به الملك لها الا بالقبول فقبله لا ملك لها وبعده زال ملكه فلم يتوارد الملكان عليه
لا قبل القبول ولا بعده وعن الثالثة بان المسئلة ممنوعة والمنع مذكور في الزيادات ثم المرأة اما ان تختار
زوجها او نفسها فان اختارت لم يقع شيء وقال علي رضي الله عنه يقع رجعية كانه جعل عين هذا اللفظ طلاقا
وانا ناخذ بقول عمر وابن مسعود رضي الله عنهما لا يقع في ذلك شيء قالت عايشة رضي الله عنها خيرنا رسول الله
صلى الله عليه وسلم فاخترناه ولم يكن ذلك طلاقا وان اختارت نفسها فواحدة باينة عندنا وهو قول علي
لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك في البائن ولا يقع ثلث وان نوى الزوج لان الاختيار

لا يتنوع بخلاف الابانة فانها تتنوع كما تقدم وقوله ولا بد من ذكر النفس في كلاميهما قال في النهاية هذا ليس
بمختص بذكر النفس في حق ارادة الطلاق البائن من التخيير فان البينونة كما يقع عند ذكر النفس
في احد الكلامين فكذلك تقع بذكر ما يقوم مقام النفس في احد الكلامين كالتطليقة والاختيارة وهو
واضح وقوله حتى لو قال لها اختاري فقالت اخترت فهو باطل قيل اذا لم يصدقها الزوج بانها
اختارت نفسها اما اذا صدقها طلقت وان كان الكلامان مبهمين وقوله ولا تعيين مع الابهام
يعني ان اختاري من الكنايات يحتمل معنيين فلا بد من التعيين ولا تعيين مع الابهام وقوله و
لو قال اختاري نفسك ظاهر وقوله فيتضمن اعادته اي اعادة كلامه فكانها قالت اخترت ما
امرتني باختياره وهو النفس وقوله وكذا لو قال اختاري اختيارة بيان ما يقوم مقام النفس في
التفسير لان الهاء اي التاء في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد لكونها للمرة والاتحاد انما يكون في اختيار ها
نفسها لانه يتحد مرة بان قال لها اختاري نفسك بتطليقة ويتعدد اخرى بان قال لها اختاري
نفسك بما شئت او بثلث فصار مفسرا من جانبه بخلاف اختيارها الزوج فانه لا يتعدد
لكونه عبارة عن بقاء النكاح وهو غير متعدد وقوله ولو قال لها اختاري فقالت اخترت نفسي
ظاهر ولم يذكر وقوع كلام المراة مفسرا بذكرها الاختيارة كما لو قال الزوج اختاري فقالت
المراة اخترت اختيارة والحكم فيهما سواء لان ذكر الاختيارة لما صلح للتفسير صار ذكرها بمنزلة ذكر
النفس وكلاهما بالنسبة اليه سواء فكذا بالنسبة الى ذكر الاختيارة وقوله ولو قال اختاري فقالت انا
اختار نفسي فهي طالق والقياس ان لا يطلق لان هذا مجرد وعد يعني ان اردت الاستقبال او يحتمله
ان لم ترده فصار كما اذا قال طلقي نفسك فقالت انا اطلق نفسي فانه لا يقع الطلاق بهذا وجه
الاستحسان حديث عايشة وهو ما روي انه لما نزل قوله تعالى يا ايها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن
الحيوة الدنيا وزينتها فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا بدأ رسول الله صلى الله عليه
بعايشة فقال اني مخبرك بامر فلا تجيبني حتى تستامري ابويك ثم اخبرها بالآية فقالت افي هذا
استامر ابوي لا بل اختار الله ورسوله والدار الآخرة واعتبره رسول الله صلى الله عليه جوابا منها وان
كان على صيغة المضارع المحتمل للوعد ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال والحقيقة
يمكن ان تكون مرادة كما في كلمتي الشهادة فان الرجل اذا قال اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان
محمدا عبده ورسوله تعتبر ذلك منه ايمانا لا وعدا بالايمان وكذا الشاهد اذا قال اشهد بكذا فلا
يصار الى المجاز بخلاف قولها انا اطلق نفسي لان الحمل على الحقيقة متعذر اذ ليس ثمة حالة قائمة بالمتكلم تقع
قوله اطلق نفسي حكاية عنه من حيث ان الايقاع باللسان دون القلب فلم يصح فعل اللسان حكاية عن
فعل قائم باللسان على سبيل الحال لانه معدوم بعد والحكاية تقتضي وجود المحكي عنه ولا كذلك اختار

نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها لان الاختيار من عمل القلب فيكون الذكر باللسان
حكاية عن امر قائم لا محالة واعترض الشارحون على قوله حقيقة في الحال بان النحويين اتفقوا على ان
صيغة المضارع مشترك بين الحال والاستقبال وهم اعرف بالموضوعات واجاب صاحب النهاية و
تابعه غيره بان احد معنيي المشترك يترجح بدلالة يدل على ذلك المعنى وقد وجد ههنا دلالة ارادة
انا الحال به اذ العادة العرفية والشرعية يدلان على ان مثل هذه الصيغة للحال يقول الرجل فلان يختار
كذا واملك كذا في العادة وفي الشريعة كما ذكرنا من كلمة الشهادة واداء الشهادة وهذا كما يرى
ليس بدافع للسؤال وليس له اتصال بهذا المحل واقول بحث الحقيقة والمجاز ليس من وظيفة النحوي
فلا معتبر بكلامهم فيه وانما هو وظيفة الاصولي ووظيفة اهل البيان واهل البيان لم يتعرضوا لذكره
فيما وصل الينا من كتبهم واهل الاصول نقلوا فيه الخلاف فمنهم من قال مثل ما قال به المصنف ومنهم
من قال بالعكس ومنهم من قال بالاشتراك والاول مختار الفقهاء والمصنف منهم لا محالة والقول
بالاشتراك مرجوح لان اللفظ اذا دار بين الاشتراك والمجاز فالحمل على المجاز اولى لان الاشتراك مخل
بالفهم على ما عرف قال ولو قال اختاري اختاري اختاري او لو قال لها اختاري ثلث
مرات فقالت قد اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلثا عند ابي حنيفة ولا يحتاج
الى نية الزوج ولا الى ذكر النفس وعندهما يطلق واحدة وانما لا يحتاج الى النية وان كانت
من الكنايات لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر فكان متعينا فلا
يحتاج الى ذكر النفس لرفع الابهام قالا الاولى والوسطى والاخيرة كل منها اسم لفرد مرتب و
ليس المحل محل ترتيب فيلغو الترتيب ويبقى الافراد وكانها قالت اخترت التطليقة الاولى لان
معنى قولها اخترت الاولى اخترت ما صار الي بالكلمة الاولى والذي صار اليها بالكلمة الاولى تطليقة
وكانها صرحت بذلك وفي ذلك تقع واحدة فكذا ههنا ولابي حنيفة ان هذا وصف لغو لان المجتمع
في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان فان القوم اذا اجتمعوا في مكان لا يقال هذا اول وهذا اخر
وانما الترتيب في فعل الاعيان يقال هذا جاء اولا وهذا جاء آخرا وكل ما لا ترتب فيه يلغو فيه الكلام الذي
هو للترتيب وهو الاولى واختيها واذا لغي اللفظ من حيث الترتيب يلغو من حيث الافراد ايضا لان
الترتيب فيه اصل بدلالة الاشتقاق والافراد من ضروراته واذا لغي في حق الاصل لغي في حق البناء واذا
لغي في حقها بقي قولها اخترت وهو يصلح جوابا للكل فيقع الثلث وفيه نظر من وجهين احدهما
انه اطلق الكلام على الاولى والوسطى والاخيرة وكل منها مفرد فلا يكون كلاما والثاني ان الاول اسم
لفرد سابق وكان الافراد اصلا والترتيب بناء لكونه يفهم من وصفه والجواب عن الاول ان اهل اللغة
ربما يطلقون الكلام على المركب من الحروف المسموعة المتميزة وان لم يكن مفيدا وهذا على ذلك الاصطلاح

ويجوز ان يكون مجازا من باب ذكر الكل وارادة الجزء وعن الثاني بان كلا من ذلك صفة والصفة ما دل
على ذات باعتبار معنى هو المقصود فيكون الاولى دالا على الفرد السابق ومعنى السبق هو المقصود فيحمل
ان الترتيب اصل والافراد من ضرورته لان الصفة لا تقوم الا بالذات التي لزمتها الفردية في الوجود ولا
كما ترى معنى دقيق جزاه الله عن المخلصين خيرا ولو قالت اخترت اختيارة فهي ثلث في قولهم
جميعا وهو واضح ولو قالت قد طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطليقة يعني في جواب من قال
اختاري فهي واحدة تملك الرجعة لان هذا اللفظ يعني قوله قد طلقت نفسي او اخترت بتطليقة
لوجب الانطلاق اي البينونة بعد انقضاء العدة لكونه من الفاظ الصريح وما يوجب البينونة بعد انقضاء
العدة كان عند الوقوع فهذا اللفظ يوجب الرجعي فان قيل اذا لا يكون الجواب مطابقا للتفويض لان
المفوض اليها الاختيار وهو نفي البينونة اشار الى الجواب بقوله وكانها اختارت نفسها بعد العدة
وكان مطابقا من حيث ان الاختيار قد وجد منها قال الشارحون وقوله تملك الرجعة غلط وقع من
الكاتب لان المراة انما تتصرف بحكم التفويض والتفويض بتطليقة باينة لكونه من الكنايات فتملك الابانة
لا غير والاصح من الرواية فهي واحدة ولا يملك الرجعة لان روايات المبسوط والجامع الكبير والزيا دات
وعامة نسخ الجامع الصغير هكذا سوى الجامع الصغير لصدر الاسلام فانه ذكر فيه مثل ما ذكر
في الكتاب والدليل ايضا يساعده ذكر في عامة النسخ فانه ذكر في الجامع الصغير لقاضيخان ان ما وقع
الواحدة فلما قلنا وهو ان التطليقة لا يتناول اكثر من الواحدة وانما يكون باينا لان العامل تخيير الزوج
الواقع بالتخيير باين لانه تمليك النفس منها والرجعي لا يثبت ملك النفس وان قال لها امرك بيدك في تطليقة
او اختاري بتطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة تملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي
تعقب الرجعة قيل فعلى هذا كان قوله هذا في التقدير بمنزلة قوله طلقي نفسك وقولها اخترت لا يصلح جوابا
لقوله طلقي نفسك بل يلغو والجواب ان قولها اخترت انما لا يصلح جوابا لقوله طلقي لكونه اضعف من
الطلاق فان الزوج يملك الايقاع بلفظ الطلاق دون لفظ الاختيار ولهذا صح بالعكس لكون الطلاق اقوى
وههنا لم يكن اضعف لان صحة هذا الجواب بالنظر الى ظاهر كلامه وهو الامر باليد والاختيار دون ما يؤول
اليه من المعنى وهما ضعيفان كالاختيار فجاز ان تقع قولها اخترت جوابا له **فصل في الامر
باليد** اخر فصل الامر باليد عن فصل الاختيار لان ذلك مؤيد باجماع الصحابة رضي الله عنهم اذا جعل
الرجل امر امراته بيدها فالحكم فيه كالحكم بالتخيير في المسائل قال في النهاية الا ان هذا صحيح قياسا و
استحسانا لان الزوج ملكها امرها فانما ملكها بهذا اللفظ ما هو مملوك له فيصح منه ويلزم حتى لا يملك
الرجوع عنه اعتبارا بايقاع الطلاق وفيه نظر لانه ذكر في الاختيار انه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ حتى لو قال
اخترتك من نفسي او اخترت نفسي منك لا يقع شيء وفي الامر باليد كذلك فينبغي ان لا يصح قياسا كما في

اذا قال امرك فيك بيدك او امرك فيك بيدك صح

الاختيار الا اذا ثبت انها اذا قيل امري منك بيدي وامرك مني بيدي وقع الطلاق فيندفع واذا قال
لامراته امرك بيدك ينوي بذلك الثلث فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلث وبيانه يحتاج الى الكلام
صحة جواب الامر باليد بالاختيار والى كيفية الدلالة على الثلث اما الاول فقد بينه بقوله لان الا
ختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير فكانا متساويين في القوة والضعف فجاز ان
يقع جوابا له واما كيفية الدلالة على الثلث فلان الواحدة صفة الاختيارة فصار كانها قالت
اخترت نفسي بمرة واحدة اي باختيارة واحدة بدليل ما بعده وهو قوله وهو في الاولى الاختيارة
وانما عبر عنها بمرة لان الصفة الدالة على المرة من الاختيار هي الاختيارة فعبر عنها بمفهومها و
بذلك اي بقوله اخترت نفسي بمرة واحدة يقع الثلث لان معناه اخترت جميع ما فوضت الي
اختيارة واحدة وحين نوى الزوج الثلث فقد فوض اليها ذلك ولو قالت يعني في جواب قوله لها
امرك بيدك قد طلقت نفسي واحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة باينة لان الواحدة
نعت لمصدر محذوف فوجب اثباته على حسب ما يدل عليها المذكور السابق وهو في الاولى الاختيارة
لدلالة اخترت عليه وفي الثانية التطليقة لدلالة طلقت عليها ولا يتوهم التكرار في قوله الاولى
الاختيارة مع تقدم قوله والواحدة صفة للاختيارة لانه اعادة لبيان قرينة المحذوف وكانه قال و
هو في الاولى الاختيارة لدلالة اخترت عليها فيكون في الثانية التطليقة لدلالة طلقت عليها الا انها تكون
باينة لان امرك بيدك من الفاظ الكناية والواقع بها باين فيما سوى الثلثة المذكورة فكان التفويض في
البائن ضرورة انه ملكها امرها فقوله في البائن خبران وتقرير التفويض حصل في البائن لضرورة انه
ملكها امرها فان تمليكه اياها امرها يقتضي البينونة لكون الامر باليد من الالفاظ الكناية و
كلامها خرج جوابا له فيصير الصفة المذكورة يعني البينونة في التفويض مذكورة في ايقاع المراة
ليكون كلامها مطابقا لكلامه فان قيل ما الفرق بين قولها اخترت نفسي بتطليقة في جواب اختاري
وبين قولها ذلك في جواب امرك بيدك عند المصنف حتى كان الواقع في الاول رجعيا كما تقدم وفي الثاني
كما ذكره وهل هذا الا دليل على ان ما تقدم كان سهوا من الكاتب كما ذكره الشارحون فالجواب ان الاختيار
القياس فيه ان لا يقع الطلاق وان نوى الزوج الا انا استحسناه لاجماع الصحابة والاجماع انما
هو في معنى الطلاق لا في البائن فليس فيه ما يمنع صريح الطلاق في كلامها عن موجبه بخلاف الامر باليد
لانه من الفاظ الطلاق قياسا واستحسانا على ما نقلنا من صاحب العناية في اول هذا الفصل وانما يصح نية
الثلث في قوله امرك بيدك دون اختاري لانه يحتمل العموم والخصوص قال شيخ الاسلام الامر اسم عام
يتناول كل شيء قال الله تعالى والامر يومئذ لله اراد به الاشياء كلها واذا كان الامر اسما عاما صلح اسما
لكل فعل فاذا نوى الطلاق صار كناية عن قوله طلاقك بيدك والطلاق مصدر يحتمل العموم والخصوص

فيكون نية الثلث نية التعميم بخلاف قوله اختاري لانه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل يعني في
فصل الاختيار لقوله لان الاختيار لا يتنوع قال ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد ولو
قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل حتى لو اختارت نفسها في الليل لا يقع الطلاق
وان ردت الامر في يومها بطل امر ذلك اليوم وكان الامر في يدها بعد غد لانه صرح بذكر و
قتين يعني اليوم وبعد غد بينهما وقت من جنسهما يعني ليلة لم يتناوله الامر فانها لو اختارت نفسها
في الغد لا تطلق فكانا امرين فبرد احدهما لا يرتد الآخر وهذا دليل كون الامر بيدها بعد غد بعد
ردها في اليوم وقوله اذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل دليل قوله لم يدخل فيه الليل وهو كما
ترى ادراج ملتبس وان كان ظاهرا وقال زفر هما امر واحد بمنزلة قوله انت طالق اليوم وبعد
غد في كون احدهما معطوفا على الآخر من غير تكرار لفظ الامر وقلنا الفرق بينهما ظاهر وهو
ان الطلاق لا يحتمل التاقيت وكانت الطالق اليوم طالق غدا وبعد غد وغيره واما الامر باليد
فانه يحتمله وذكر وقتين غير متصل احدهما بالآخر لتخلل وقت بينهما غير مذكور فتوقت بالاول
وجعل الثاني امرا مبتدأ كانه قال وامرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك وكلامه ظاهر
وقوله لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع معناه ليس للمراة ان ترد الامر باليد الذي
صدر من زوجها بان يقول لا اقبل كما انه ليس لها ان ترد الايقاع الذي اوقعه زوجها عليها
بقوله انت طالق واذا كان كذلك كان الامر باقيا في الغد كما كان وكان لها ان تختار نفسها غدا
وقوله وجه الظاهر ظاهر وكذا قوله وعن ابي يوسف انها اذا قال امرك بيدك اليوم قال شمس الائمة
هذه هي الرواية الصحيحة وجعل قاضي خان هذه الرواية اصل الرواية ولم يذكر خلاف احد و
قوله وان قال امرك بيدك يوم يقدم فلان فلم تعلم بقدومه حتى جاء الليل فلا خيار لها ظاهر مما
قدمنا في آخر فصل اضافة الطلاق والى ما اشار بقوله وقد حققناه من قبل قوله فيتوقت به
اي بالنهار ثم ينقضي بانقضائه واذا جعل امرها بيدها او خيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها
ما لم تاخذ في عمل آخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأي نفسه وهذه تتصرف
برأي نفسها فهي مالكة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه يعني في فصل الاختيار من قوله التمليكات
تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع قيل فيه نظر لانه قال قبل هذا اذا قال امرك بيدك اليوم وغدا يدخل
الليل في ذلك وذلك يقتضي ان الامر بيدها لا يبطل في يومين وان قامت عن المجلس لانه لو بطل بالقيام
عن المجلس لم يكن لتقييده باليومين فايدة لان المراة اذا لم تقم من مجلسها يوما او اكثر لا يخرج الامر
من يدها وهذا يقتضي ان يقتصر على المجلس وبينهما تناف ثم ان كانت تسمع تعتبر مجلسها ذلك اي
الذي سمعت فيه وان كانت لا تسمع لغيبتها او لصمم فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها لان هذا تمليك

بعد غد ولو قال امرك بيدك صح

فيه

فيه معنى التعليق وما هو كذلك يتوقف على ما وراء المجلس كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق وهذا
لان معنى امرك بيدك ان اردت طلاقك فانت طالق وفيه نظر لان التمليك لا يحتمل التوقيت و
التعليق كذلك والامر باليد مشتمل على معنييهما على ما ذكرتم فكيف يكون محتملا له واجيب بان
التمليك الذي هو معتبر فيه من باب تمليك المنافع كالاجارة والعارية وذلك يحتمل التوقيت واذا
صح التوقيت بهذا الاعتبار صار الامر بيدها في المدة التي وقتها فلو بطل الامر بقيامها عن
المجلس لم يكن للتاقيت فايدة وبهذا خرج الجواب عن النظر المتقدم ايضا واما من حيث التعليق
فلا يحتمل التوقيت فاذا كان الامر باليد مطلقا عن التوقيت اعتبرنا جانب التمليك فقلنا بالاقتصار
على المجلس لعدم ما يدل على وقت معين واعتبرنا معنى التعليق فقلنا ببقاء الايجاب لها ما وراء
المجلس اذا كانت غايبة عملا بالدليلين بقدر الامكان ولا تعتبر مجلسه حتى لو قام وهي جالسة
فالخيار باق لان التعليق لازم في حقه حتى لا يقدر على الرجوع لكونه تصرف يمين من جانبه بخلاف
البيع حيث مجلسهما جميعا فان ايهما قام عن المجلس قبل قبول الآخر بطل البيع لانه تمليك محض
لا يشوبه التعليق ولهذا لو رجع احدهما عن كلامه قبل قبول الآخر جاز واذا اعتبر مجلسها
فالمجلس تارة يتبدل بالتحول يعني من مجلس الى آخر ومرة بالاخذ في عمل آخر على ما بيناه في الخيار يعني قوله اذ
مجلس الاكل غير مجلس المناظرة وقوله ويخرج الامر من يدها ظاهر وقوله وليس التقدير بها اي باليوم لانه
لو زاد على ذلك ولم يوجد منها ما يدل على الاعراض فهو باق والمراد بقوله وقوله قول محمد في الجامع
الصغير وقوله ولو كانت قايمة فجلست ظاهر وقوله والاول اي رواية الجامع الصغير اصح لان من
حزبه امر قد يستند للتفكر لما ان الاستناد سبب للراحة كالقعود وقوله وفيه روايتان عن ابي يوسف
في رواية الحسن بن ابي مالك عنه يبطل وهو قول زفر ووجه الروايتين مندرج فيما ذكرنا قبل انما خص ابا يوسف
بالذكر وان احتمل ان يكون قول صاحبيه كذلك لانهما نقلاها عنه وقوله ولو قالت ادعوا الي استشيره
ظاهر قوله والسفينة بمنزلة البيت يعني انها اذا سارت لا يبطل خياره وهو ظاهر

فصل في المشيئة

قد تقدم وجه تقديم الاختيار وبعد السؤال عن تقديم الامر باليد والمشيئة دوري فيسقط
ومن قال لامراته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان
طلقت نفسها ثلثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن سواء طلقت جملة او متفرقة وقوله لان قوله طلقي ظاهر
لكن ترجمة الفصل بفصل المشية فكان الابتداء فيه بمسئلة فيها ذكر المشية اولى وان قال لها طلقي نفسك
فقالت ابنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق والفرق بينهما ما ذكره في الكتاب
ان الابانة من الفاظ الطلاق لانها وضعت لقطع وصلة النكاح الا يرى انه لو قال ابنتك ينوي الطلاق
او قالت ابنت نفسي فقال الزوج قد اجزت ذلك بانت والفاظ الطلاق يوافق ما فوض اليها لكونه

تطليقا فكانت الابانة موافقة للتفويض في الاصل واذا كان الجواب موافقا للسؤال من حيث الاصل كان
صحيحا من حيث الاصل ثم انها زادت فيه في الجواب وصفا وهو تعجيل الابانة لان الرجعية انما تبين
الابانة بعد انقضاء العدة فاما ان يبطل الاصل لاجل ما زيد فيه من الوصف او يلغو الوصف لرعاية الكل
والغاء الوصف لتصحيح الاصل اولى فيصار اليه كما لو قال لها في جواب طلقي نفسك طلقت نفسي تطليقة باينة و
قوله وينبغي ان يقع تطليقة رجعية انما قال هكذا تفسيرا لكلام محمد فانه قال طلقت ولم يتعرض لشيء
آخر واري انه مستغن عنه لان كونها رجعية يعلم من قوله فيلغو الوصف الزايد ويثبت الاصل قوله بخلاف
الاختيار متعلق بقوله لان الابانة من الفاظ الطلاق وهو واضح وعن ابي حنيفة انه لا يقع بقولها ابنت
نفسي لانها اتت بغير ما فوض اليها لان المفوض الطلاق وما اتت به الابانة وهما متغايران لا محالة وفي هذه
الرواية ابطال الاصل للوصف وهو ضعيف وعن ابي يوسف انها تطلق طلاقا باينا لان الزوج ملكها
ايقاع الطلاق مطلقا وهو يحتمل ايقاع البائن على الرجعي وكذا هي وفي هذا ترك اعتبار المطابقة بين التفويض
والجواب والفقه هو الوارع ظاهر الرواية وان قال لها طلقي نفسك ظاهر وحكمه اللزوم نظرا الى اليمين و
الاقتصار على المجلس نظرا الى التمليك وفيه طالبتان احديهما وجه اختصاص طلقي نفسك باليمين دون
طلقي ضرتك وكما كان معنى طلقي نفسك ان طلقت نفسك فانت طالق جاز ان يكون معنى طلقي ضرتك ان
اردت طلاقها فهي طالق والثانية وجه اختصاص الاول بالتمليك والثاني بالتوكيل والجواب عن الاول ان اليمين
بالتعليق انما يكون فيما في وجوده تردد ووجود طلاق الضرة اذا فوض اليها امر كاين لا محالة طبعا وعادة
فلا يصلح شرطا واجيب عن الثانية بما تقدم ان المالك هو الذي يعمل لنفسه والوكيل هو الذي يعمل لغيره والمراة في
طلاق نفسها عاملة لنفسها بتخليصها عن رق النكاح وفي طلاق ضرتها عاملة للزوج وفيه نظر لانها في
طلاق ضرتها عاملة لنفسها ايضا كما في طلاق نفسها ولان الصور ثلث اما ان يكون ناصا باب المشية او لا والاول شمول
التمليك او شمول التوكيل او التحكيم الباطل وان قال لها طلقي نفسك متى شئت واضح ولقائل ان يقول التمليك في
هذه الصورة موجودة او لا فان كان الثاني لا يقدر على الاطلاق وليس كذلك وان كان الاول يقتصر على المجلس
لكونه لازم التمليك والجواب ان الاقتصار على المجلس من احكام التمليك والحكم قد يتاخر لمانع كما في شرط الخيار و
طريقة تخصيص العلة وموضعه الاصول وقوله واذا قال لرجل طلق امراتي واضح ومناطهما ذكرنا في التمليك
والتوكيل من ان المالك عامل لنفسه والتوكيل لغيره وقد علمت ما عليه ولو قال الرجل طلقها ان شئت فله ان
يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج ان يرجع وقال زفر هذا والاول سواء لان التصريح بالمشية كعدمه لانه
يتصرف عن مشيته لان الفعل الاختياري لا يتحقق بدونها وجعلا اختياريا واذا تساويا كان الثاني توكيلا كالاول
وصار كما لو قال للوكيل بالبيع بع ان شئت فان ذكر المشية لا يخرج التوكيل الى التمليك ولنا انه تمليك لانه علقه بالمشية
والمالك هو الذي يتصرف عن مشيته لا يقال قد تبين آنفا ان الوكيل ايضا يتصرف عن مشيته لانا نقول المشية نوعان

مشية

مشية يفتقر اليها الحركة الارادية وهي ثابتة في كل متحرك بها ومشية اخرى يترتب عليها استحسان الفعل وتركه
والاولى ثابتة في التوكيل مع جهة خطر يرفعها قوله طلقها ابقاء للفعل والثانية انما يكون في الملك وقد
فوضها اليه بقوله ان شئت فكان تمليكا هذا ما امكنني تخليصه من كلام المشايخ ولقائل ان يقول كونه عاملا
لنفسه لازم من لوازم التمليك وقد انتفى في هذه الصورة واقول اذا بني الكلام على ما قدمنا ان التمليك اقدار
شرعي على محل التصرف والتوكيل اقدار شرعي على نفس التصرف لا على ان المالك يعمل لنفسه والوكيل لغيره سقط
هذا الاعتراض والنظر الاول في طلاق الضرة على ما مر ثم اقول والوكيل في الطلاق كالرسول وحيث لا يتصور
ان يكون الشخص رسولا الى نفسه كان قوله طلقي نفسك تمليكا واما قوله طلقي ضرتك وقوله لاجنبي طلق امراتي
فيحتمل ان الرسالة فان لم يذكر كلمة ان شئت كان توكيلا وان ذكرها كان تمليكا صونا للزيادة عن
الالغاء اذ التوكيل يحصل بدونه وبه يندفع النظر الثاني في طلاق الضرة فتامله فلعله مخلص وقوله
والطلاق يحتمل التعليق جواب عن قول زفر في صورة النزاع على البيع فان قيل هذا توكيل البيع لا البيع
والتوكيل به قابل للتعليق اجيب بانه اعتبر التوكيل بالبيع باصل البيع قال وان قال لها طلقي نفسك
ثلثا هذا البيان مخالفة المراة زوجها في ايقاع ما فوض اليها والمسئلة الاولى ظاهرة واما الثانية فوجه قولهما
فيها واضح كما قال لها طلقي نفسك وطلقتها وضرتها وكما تقدم فيما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي
فانه يقع عليها طلقة رجعية ولم يعتبر ما زادت من صفة البينونة مقدما للمطابقة في اصل الطلاق فكونه
بقولها طلقت نفسي منك متثلة ويلغو قولها ثلثا ولابي حنيفة انها اتت بغير ما فوض اليها ومن فعلت ذلك كانت
مبتدئة كما لو قال لها طلقي نفسك فطلقت ضرتها يتوقف على اجازته وكلامه فيه ظاهر فان قيل قد ثبت من
مذهبنا اهل الحق ان الواحد من العشرة ليس عينها ولا غيرها فكذلك الواحد من الثلثة يكون ولا غيرها — لا عينها م
فما وجه المغايرة بينهما اجيب بان ذلك في العشرة الموجودة او المتصورة واما الثلث ههنا فمعدوم و
الواحد الموجود غير الثلث المعدوم فان قيل سلمنا المغايرة لكن اذا قال لها امرك بيدك ونوى الواحدة و
طلقت نفسها ثلثا وقعت واحدة وقد اتت بغير ما فوض اليها اذ الثلث غير الواحد على ما ذكر اجيب
بان التفويض هناك لم يتعرض لشيء فقد يكون خاصا وقد يكون عاما فاذا نوى الواحدة فقد قصد تفويضها
خاصا وغير مخالف للظاهر فلما اوقعت ثلثا فقد وافقته فيما هو اصل التفويض وهو لا يكون اقل من الواحدة — فيقع الواحدة م
وقوله وان امرها بطلاق يملك الرجعة ظاهر وكذا قوله وان قال لها طلقي نفسك ثلثا ان شئت لان معنى
قوله ان شئت ان شئت الثلث اذ الشرط لا بد له من جزاء فاما ان يكون المتقدم عليه او يقدر مثله هنا و
على كلا التقديرين يتعلق بمشية الثلث ولم توجد بمشيتها الواحدة وكذا عكسه عند ابي حنيفة لان الشرط
مشية الثلث ومشية الثلث ليست مشية للواحدة كما ان ايقاع الثلث ليس بايقاع للواحدة فيما اذا قالت
طلقت نفسي ثلثا ووجه قولهما ظاهر ولو قال لها انت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت

ينوى الطلاق بطل الامر وكلامه ظاهر وفيه بحث من وجهين احدهما كان ينبغى ان يقع بقوله شئت لانه
ملكه ايقاع الطلاق بهذا اللفظ والثانى انه اذا قال شئت طلاقك اتى بلفظ صريح الطلاق ينبغى ان لا
يحتاج الى النية واجيب عن الاول بان كلامه بناء على كلامها وليس فى كلامها ذكر الطلاق قصدا فيه ذكر المشية
فيكون شائيا بمشيتها لا لطلاق فيها لا يقال كلامها مبنى على كلامه الاول وفيه ذكر الطلاق لان كلامها لغا بالا
شتغال بما لا يعنيها فيلغو ما بنى عليه وعن الثانى بان قوله شئت طلاقك قد يقصد وجوده وقوعا فلا
بد من النية ليتعين جهة الوجود وقوعا وقوله اذا المشية ينبئ عن الوجود قيل لان المشية فى الاصل ما
خوذ من الشئ وهو اسم للموجود فكان قوله شئت بمنزلة اوجدت وايجاد الطلاق بايقاعه بخلاف الارادة
فانها فى اللغة عبارة عن الطلب قال عليه السلام الحمى رايد الموت اى طالبه فان قيل ذهب علماؤنا فى اصول الدين الى
ان الارادة والمشية واحدة فما هذه التفرقة فالجواب انه يجوز ان يكون بينهما تفرقة بالنسبة الى العباد
وتسوية بالنسبة الى الله تعالى لان ما شاء الله كان لا محالة وكذا ما يريده بخلاف العباد وقوله وكذا اذا قال
شئت ان شاء اى ظاهر وقوله لان التعليق بامر كاين تنجيز قيل لو كان كذلك لكفر من قال هو يهودى ان
فعل كذا وهو يعلم انه فعل وليس كذلك واجيب بان بطلان الثانى ممنوع وبعد التسليم نقول هذه الالفاظ صارت
كناية عن اليمين بالله اذا حصل التعليق بهذا بفعل مستقبل فكذا اذا حصل بفعل فى الماضى تحاميا عن
تكفير المسلم وقوله ولو قال لها انت طالق اذا شئت الى آخره واضح وقوله فلا يخرج بالشك يعنى لو نظرنا
الى كونه للشرط يخرج الامر من يدها بالقيام كما فى قوله ان شئت ولو نظرنا الى كونه للوقت لا يخرج فلا
يخرج بالشك وقوله وقد مر من قبل يعنى فى فصل اضافة الطلاق الى الزمان وقوله ولو قال لها انت طالق
كلما شئت ظاهر وقوله فلا يملك الايقاع جملة وجمعا قيل معناهما واحد وقيل الجملة هو ان يقول طلقت نفسى
ثلثا والجمع ان يقول طلقت واحدة وواحدة وهذا هو الظاهر ولو قال انت طالق حيث شئت ظاهر
فان قيل اذا لغى ذكر المكان بقى قوله انت طالق شئت فينبغى ان يقع الطلاق فى الحال كما لو قال انت طالق دخلت
الدار فانه يقع الطلاق الساعة اجيب بان حيث واين فيهما ضرب من التاخير وحروف الشرط ايضا فيها ضرب
من التاخير فيشتركان فى معنى تحقق التاخير فيجعلان مجازا عن حرف الشرط فان قيل اذا جعلا مجازا عن
حرف الشرط لماذا يبطل بالقيام عن المجلس وانما يبطل بالقيام عن المجلس ان جعلا مجازا عن حرف ان واما اذا
جعلا مجازا عن كلمة اذا ومتى فلا يبطل بالقيام عنه فلم لم يجعل مجازا عن اذا ومتى اجيب بان جعلهما مجازا
عن ان اولى لانها لمحض الشرط فكانت اصلا فى الباب فى الاعتبار بالاصل اولى من بخلاف الزمان لان الطلاق
تعلق به لوقوعه فى زمان دون زمان واما المكان فلا تعلق له به لانه اذا وقع فى مكان كان واقعا فى جميع الامكنة فوجب اعتباره
اى اعتبار الزمان خصوصا كما لو قال انت طالق غدا وعموما كما لو قال انت طالق فى اى وقت شئت قال وان
قال انت طالق كيف شئت اختلف علماؤنا فيما اذا قال انت طالق كيف شئت هل تتعلق اصل الطلاق بمشيتها اولا

فقال ابو حنيفة

٥٨

فقال ابو حنيفة لا يتعلق بل يقع طلقة واحدة ولا مشية لها ان لم تدخل بها وان دخل بها وقعت تطليقة رجعية
والمشية اليها فى المجلس بعد ذلك ثم لا يخلو اما ان نوى الزوج شيئا او لم ينو فان كان الثانى اعتبرت
مشيتها فى الكم والكيف فيما قالوا جريا على موجب التخيير وان كان الاول فان اتفقت نيته ومشيتها فذاك
وان اختلفا بان شاءت باينة والزوج ثلثا او بالعكس فوقعت واحدة رجعية وقالا لا يقع شئ لا
قبل الدخول ولا بعده حتى تشاء فان شاءت وقعت ما شاءت من الرجعى والباين والثلث لانه فوض التطليق
اليها على اى صفة شاءت لان كلمة كيف للسؤال عن الحال مطلقا فلا بد من تعليق الاصل ليثبت لها المشية فى جميع
الاحوال كما لو قال ان شئت او حيث شئت او اين شئت ولابى حنيفة ان كلمة كيف لطلب الوصف لا لطلب الا
صل يقال كيف اصبحت اى على اى وصف من الصحة والسقم وغير ذلك فكان التفويض فى وصف الطلاق و
التفويض فى وصفه يستدعى وجود اصله والا لكان كيف لطلبه وليس كذلك ووجود الطلاق بوقوعه وهو
ظاهر وههنا سؤال مشهور وهو ان المعقول انه لا يحتاج الى نية الزوج لانه لما فوض الامر اليها وجب ان يستقل
باثبات ما فوض اليها اعتبارا بعامة التفويضات وجوابه انه فوض اليها حال الطلاق وهى مشتركة بين الكم والكيف
يعنى العدد والبينونة فيحتاج الى النية لتعيين احدهما وقد روى عن الطحاوى ان المراة ان تجعل باينا او ثلثا
او ثلثا فى قول ابى حنيفة قال صاحب النهاية ناقلا عن الفوايد الظهيرية وقد راجعت الفحول فى جواب
هذا الاشكال فما قرع سمعى جوابه فيجب التعويل على ما ذكره الطحاوى ولقائل ان يقول للمتمسك بهذا النقض
بعامة التفويضات الا فى كونه تفويضا وذلك ليس بجامع لوجود الفارق وهو ان المفوض ههنا
متنوع دونها فيكون فى وجوب التعويل نظر توضيحه ان المتاخر الى المشية ما علق بها والتعليق
بالمشية انما حصل بكلمة كيف لان قوله انت طالق ليس فيه شئ منه وهى لا تعلق لها بالاصل اصلا
فيكون منجزا اصل الطلاق ومفوضا لوصفه المتنوع وتفويض وصف الشئ بحسبه قبل وجود الاصل
ممتنع الا ان فى غير المدخول بها لا اثر للمشية الوصف بعد وقوع الاصل لعدم المحل فيلغو تفويض الصفة
الى مشيتها وفى الموطوءة المحل باق بعد وجود الاصل فلها المشية بعد وقوعه وقوله وعلى هذا الخلاف
العتاق يعنى اذا قال لعبده انت حر كيف شئت عتق عند ابى حنيفة فى الحال العتق يفوض اليه وعندهما
لا يعتق حتى يشاء وانما قال فى الكتاب قال فى الاصل ذكر الرواية فيه على قول ابى حنيفة لا غير فذكره
ليتبين ان ما ذكره فى الجامع الصغير انما هو قوله لا قولهما بدليل ما ذكر فى الاصل وان قال لها كم شئت
او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت ذكر فى اصل رواية الجامع الصغير ان شاءت طلقت نفسها واحدة
او ثنتين او ثلثا ما لم تقم من مجلسها فان قيل كيف ساغ لها ان تطلق نفسها ثلثا والزوج لا يسعه
ان يطلقها ثلثا اجيب بانه يجوز ان يكون المراد بقوله ان شاءت طلقت نفسها ثلثا مشية القدرة لا
مشية الاباحة يعنى انها تقدر على ذلك كقوله تعالى فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر على انه روى عن الحسن

هذا قول ابى حنيفة رحمه الله لان ما اورده ... فى الجامع الصغير ...

انت طالق

بن زياد عن ابي حنيفة ان ذلك مباح لها في التخيير ووجه الاختصاص اضطرارها فان التفريق يخرج الامر
من يدها وقوله لانها تعني كم وما تستعمل ان للعدد فقد فوض اليها عددا شاءت فان قيل هذا في كم مسلم واما
في ما فهي مستعارة للوقت كما تستعمل للعدد قال الله تعالى ما دمت حيا فقد وقع الشك في تفويض العدد اليها
فلا يثبت العدد بالشك اجيب بان جانب العدد مرجح باصل آخر وهو ان هذا تفويض بمعنى التمليك لانه تفويض
الى المراة امر نفسها والتمليكات تقتصر على المجلس وذلك انما يكون ان لو كانت محمولة على العدد لا على الوقت
وفيه نظر لان فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس فتعارض جهتا الترجيح والجواب انه تمليك
فيه معنى التعليق والاول كالاصل فالترجيح به اولى فان قامت عن المجلس بطل لما ذكرنا انه تمليك والتمليك
يقتصر على المجلس وان ردت الامر كان ردا لان هذا امر واحد اذ ليس فيه ما يدل على التكرار قيل هو احتراز
عن كلما وكل ما هو امر واحد يقتضي جوابا واحدا ليكون الجواب مطابقا للسؤال وذكر الجواب الواحد ينفي
ان يكون في الحال اذ ليس في كلامه ما يدل على الوقت مرادا قيل وهو احتراز عن اذا ومتى والخطاب في الحال لما قلنا
فاذا ردت الامر فقد حصل الجواب ولا جواب بعده لعدم التكرار وان قال لها طلقي نفسك من ثلث ما شئت
فلها ان تطلق نفسها واحدة وثنتين دون الثلث عند ابي حنيفة وقالا لها ان تطلق ثلثا لان كلمة ما
محكمة في التعميم وكلمة من قد يكون للتمييز يعني للبيان كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان وقد
يكون للتبعيض وقد يكون لغيرهما كما عرف فاجتمع في كلامه المحكم والمحتمل فيحمل المحتمل على المحكم
ويجعل بيانا كما اذا قال كل من طعامي ما شئت او طلق من نسائي ما شاءت ولابي حنيفة ان كلمة من للتبعيض
وما للتعميم والعمل بهما ممكن من حيث ان يجعل المراد بعضا عاما والثنتان كذلك لانهما بالنسبة الى الواحدة عامة
وبالنسبة الى الثلث بعض فان قيل فعلى هذا لا يتناول الواحد لانه ليس بعام اجيب بانه يتناوله دلالة واذا كان
العمل بهما ممكنا لا يهمل احدهما وفي المستشهد به ترك التبعيض بدليل خارج وهو اظهار السماحة او لعموم
الصفة وهو المشية فان النكرة اذا اتصفت بصفة عامة تعم كما عرف وههنا كذلك حتى لو قال من شئت
كان على الخلاف قيل ثم لها ان طلقت نفسها ثلثا لا يقع شيء عند ابي حنيفة لان مذهبه ان المفوض اليها الواحدة
اذا طلقت نفسها ثلثا لا يقع فكذا التي فوض اليها ثنتان اذا طلقت نفسها لا يقع وقد مر

باب الايمان في الطلاق

لما فرغ من باب تنجيز الطلاق صريحا وكناية اعقبه بذكر بيان تعليقه لكونه مركبا من
ذكر الطلاق والشرط والمركب متأخر عن المفرد واليمين في الطلاق عبارة عن تعليقه بامر يدل على معنى
الشرط فهو في الحقيقة شرط وجزاء وسمي يمينا مجازا لما فيه من معنى السببية اضافة ما يحتمل التعليق في الشرط
كالطلاق والعتاق والظهار الى الملك جائزة سواء كانت على الخصوص كما اذا قال لامراة ان تزوجتك فانت طالق
او على العموم كقوله كل امراة اتزوجها فهي طالق وهو قول عمر روي ذلك عنه في الظهار وقال الشافعي لا يصح و
هو قول ابن عباس واستدل على ذلك بقوله عليه السلام لا طلاق قبل النكاح روي عن عبد الله عمرو بن العاص انه خطب امراة

فابى

فابى اولياؤها ان يزوجوها منه فقال ان نكحتها فهي طالق ثلثا فسئل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال لا طلاق قبل النكاح ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء وكل ما هو كذلك لا
يشترط لصحته قيام الملك في الحال لان الوقوع عند الشرط اذ العلة ليست بعلة في الحال عندنا
كما عرف في الاصول والملك متيقن به عنده اي عند وجود الشرط واذا كان متيقنا به عنده و
قع الطلاق لوجود المقتضي وهو العلة لان المعلق بالشرط كالملفوظ الذي الشرط وانتفاء
المانع لوجود الشرط وهو منقوض بقوله ان دخلت الدار فانت طالق فانه تصرف يمين
لوجود الشرط والجزاء وقيام الملك في الحال شرط لصحته والجواب ان الملك متيقن به عند
الشرط في المتنازع فيه فلا يحتاج الى اشتراطه في الحال بخلاف صورة النقض فانه لو لم يشترط
فيها ذلك عريت عن الملك ظاهرا لان الظاهر عدم ما يحدث فضلا عن التيقن به وهذا جواب بالفرق
والمصنف قايل به وقوله قبل ذلك اي قبل وجود الشرط اثره المنع وهو قايم بالمتصرف لانه عين محله
ذمة الحالف فلا يكون شرطا في ذلك الوقت ومجال الكلام في هذه المسئلة واسع وقد ذكرنا ما في الا
نوار والتقرير وقوله والحديث يعني ما رواه الشافعي محمول على نفي التنجيز فان المنجز هو الطلاق
حقيقة لا المعلق وتحقيقه انهم سالوه عن كون ذلك طلاقا فقال لا طلاق قبل النكاح وليس الكلام
فيه وانما الكلام في ان تعليق الطلاق بالنكاح جائز او ليس بجائز وليس في الحديث ما يدل على نفيه او
اثباته والحمل على التنجيز ماثور عن السلف كالشعبي والزهري وغيرهما كمكحول وسالم بن عبد الله و
اذا اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامراته ان دخلت الدار فانت طالق وهذا
بالاتفاق لان الملك قايم في الحال والظاهر بقاؤه الى وقت الشرط لان الاصل بقاء الشيء على ما كان وهو
استصحاب الحال لا ثبات المحتاج اليه ثبوت الملك عند الشرط والاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة
لان الاستصحاب لا يصلح حجة لاثبات ما لم يكن وليس الكلام فيه قوله ايضا يعني عندنا على ما مر وايقاعا
يعني عند الشافعي فان عنده كونه طلاقا يتعلق لا التطليق وكان ايقاعا في الحال ولكن لم يثبت فيه و
لا يصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا للمحلوف عليه او يضيفه الى ملك لان الجزاء لا بد ان يكون
ظاهرا اي غالب الوجود والظهور باحد هذين الامرين اما ان الجزاء لا بد ان يكون ظاهرا فليكن مخيفا
لوقوعه فيتحقق معنى اليمين وهو القوة فان الحامل على الحمل او المنع الذين عقد اليمين لاجلهما
هو قوة خوف نزول الجزاء والخوف انما يكون اذا كان الجزاء غالب الوجود عند الشرط واما ان ظهوره
باحد هذين الامرين فلانه اذا انعدما انعدم الخوف فانعدم معنى اليمين اعني الحمل او المنع والاضافة
الى سبب الملك كقوله ان اشتريتك فانت حر بمنزلة الاضافة الى الملك كقوله ان ملكتك فانت حر لان الجزاء
ظاهر عند سببه يعني سبب الملك قوله فان قال لاجنبية تفريع على ما تقدم من الاصل وهو ظاهر

واعترض بانه لم لا يجوز ان يقدر تزوجتك حتى يؤل معناه ان تزوجتك ودخلت الدار فانت طالق
صيانة عن الالغاء واجيب بان فعل اليمين مما يذم به فلا يجوز تصحيح قوله على وجه يؤدي الى الضرر
كذا قال عامة الشارحين وفيه نظر لان التعليق يمين حقيقة ولئن كان فمنه يقع فيما يكون محمودا شرعا كما
اذا قال ان اشتريتك ودخلت الدار فانت حر فان لصاحب الشرع عناية بوقوع الحرية والصواب
ان يقال المقدر اما ان يكون محذوفا او مقتضى وليس بمحذوف لان المذكور ليس بمتوقف عليه لغة
ولا مقتضى لان من شرطه ان يكون المقدر احط رتبة من المذكور وان لا يتغير المذكور عند التصريح
بالمقدر والشرطان منتفيان اما الاول فظاهر لان الزوج اعلى رتبة من دخول الدار واما الثاني
فلان الشرط قبل التصريح دخول الدار وحده وبعده التزوج والدخول فما كان شرطا صار بعضه
وموضعه اصول الفقه **قال** والفاظ الشرط عبر بالفاظ الشرط ولم يقل حروف الشرط كما قال بعضهم
لان عامتها اسماء ولم يورد احد حرفي الشرط وضعا وهو قال في النهاية لان كلمة لو تعمل على الشرط
معنى لا لفظا وهذه الالفاظ تعمل عمله لفظا ومعنا فانها في مواضع الجزم تلزم دخول الفاء في جزائها بخلاف
كلمة لو وهذا لا مدخل له في علم الفقه والصواب ان يقال ان التعليق يعتمد الجمل والمنع وذلك انما يكون
في المستقبل ولو موضوعة لامتناع الشيء لامتناع غيره في الماضي فانى له مدخل في ذلك وقوله ان
الشرط مشتق من العلامة قال في الصحاح الشرط بالتحريك العلامة واشراط الساعة علاماتها فعلى
هذا يكون معنى ما ذكر في الكتاب ان الشرط مشتق من الشرط الذي هو بمعنى العلامة لان المراد بالاشتقاق
هو الاشتقاق الكبير وهو ان تجد بين اللفظين تناسبا في اللفظ والمعنى وليس بين الشرط والعلامة تناسب
لفظي فيقدر ذلك ليستقيم وقوله وهذه الالفاظ مما يليها افعال يعني غير كلمة كل فانه يذكر فيما يليها الاسم
وفي كلامه نظر لانه استدلال على الموضوعات اللغوية وليس لذلك طريق في معرفتها وانما طريق ذلك هو السماع
وهذه الالفاظ سمعت مستعملة في موضع الشرط فلا حاجة الى الاستدلال ولئن صح الاستدلال فدليله ههنا
لا يفيد مطلوبه لان مطلوبه ان هذه الفاظ الشرط ودليله لان الشرط مشتق من العلامة وهو مسلم على الوجه
الذي قررناه وهذه الالفاظ مما يليها الافعال الاستقبال وهذا ايضا مسلم لكن قوله فيكون علامات على الحنث
ليس بلازم للمقدمتين المذكورتين وهو ظاهر وكلامه واضح وقوله الا في كلما فانها يقتضي تعميم الافعال قال الله
تعالى كلما نضجت جلودهم الاية ومن ضرورة التعميم التكرار فيه نظر من وجهين احدهما انه عد كلمة كل من الفاظ
الشرط وعند وجود الشرط لم ينته اليمين فان التعميم من قال كل امراة اتزوجها فهي طالق فتزوج امراة طلقت
ولو تزوج اخرى طلقت كذلك فكان الواجب ان يقول في الاستثناء الا في كل وكلما والثاني انه قال ومن ضرورة
التعميم التكرار والتعميم في كلمة كل موجود كما ذكرنا انفا ولا تكرار فيه حتى لو تزوج التي طلقت ثانيا لم تطلق
الجزاء والجواب عن الاول ان شرطية هذه الالفاظ انما هي باعتبار ما يليها من الافعال لان الخطر انما يحصل

باعتباره

قد تقدم

باعتباره وبهذا الاعتبار قد انتهت اليمين ولهذا لو تزوجها ثانيا لم تطلق وعدم الانتهاء باعتبار
عموم الاسماء ولم ينشا من منشاء الشرط فلا يكون مناقضا وعن الثاني ان المراد بقوله ومن ضرورة التعميم
تعميم الافعال لان الكلام فيه والتعميم في الافعال انما يكون بتجدد الامثال وهو المراد بالتكرار فاذا قال كلما
دخلت الدار فانت طالق طلقت حتى ينتهي الثلث فان تزوج بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شيء لان
الجزاء طلقات هذا الملك ولم يبق شيء منها وبقاء اليمين ببقاء الشرط والجزاء فاذا انتفى الجزاء انتفى الكل وفيه
خلاف زفر سيجيء ولو دخلت على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت امراة فهي طالق حنث لكل مرة وان كان
بعد زوج آخر لما ذكر ان انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج وهو غير محصور **قال**
وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها اذا قال لها انت طالق ان دخلت الدار ثم ابانها لم يبطل اليمين لما مر
ان بقاء اليمين بالشرط والجزاء والفرض ان الشرط لم يوجد فهو باق والجزاء ايضا باق لبقاء المحل وهو
المراة فيبقى اليمين كما كانت في محله وهي ذمة الحالف فان قيل سلمنا ان محل الجزاء باق ولكن من شرطه وقوعه
الملك وليس بموجود والجواب ان الكلام ليس في الوقوع وانما هو في بقائه يمينا واليمين لا يحتاج الى الملك ابتداء
بدليل جواز ان تزوجتك فانت طالق ففي البقاء اسهل من الابتداء ثم بعد ذلك لا يخلو اما ان يوجد الشرط في الملك
كما اذا تزوجها ثانيا ثم وجد الشرط او في غيره كما اذا وجد قبل التزوج فان كان الاول وقع الطلاق
وانحلت اليمين اما وقوع الطلاق فلان الشرط وجد في الملك فنزل الجزاء المتعلق به واما انحلال اليمين
فلان اللفظ لا يدل على التكرار فبوجود الفعل مرة انتهت اليمين وان كان الثاني انحلت اليمين لوجود الشرط
ولم يقع شيء لانعدام المحلية وان اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج على ما ذكر في الكتاب وهو واضح
قوله ولم يطلق فلانه ليس على ظاهره بل فيما اذا كذبها الزوج في قولها حضت واما اذا صدقها فانه يقع وقوله
كما قبل في العدة والغشيان اما قولها في العدة فان قد انقضت او لم ينقض واما في الغشيان فيحتمل معنيين
احدهما ان تقول المطلقة الثلث قد انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل في الزوج الثاني والثاني
ان يقبل قولها في حق الجماع وحرمته بقولها انا طاهر او حايض وقوله لكنها شاهدة في حق ضرتها بل
هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها وفيه بحث وهو انه لا يخلو من الحيض وعدمه والمال شمول طلاقهما
لانها ان كانت حاضت فقد وجد الشرط فيقع طلاقهما جميعا وان لم يحض لم يوجد الشرط فلا
يقع طلاق واحد منهما فاما ان يوجد الحيض في حقها دون ضرتها فذلك يستلزم كون الشيء موجودا
معدوما في حالة واحدة وهو محال واجيب بان الشرع اثبت لقولها حضت في هذه الصورة وصفين
متغايرين الامانة والشهادة ورتب على ذلك حكمين مختلفين بحسب اقتضائهما وليس ذلك ببدع
في الشرع فانه رتب على النكاح وهو امر واحد الحل للزوج والحرمة لغيره وفيه نظر لان الحل و
الحرمة لا يقتضي احدهما الوجود والاخر العدم بخلاف ما نحن فيه والجواب الاول اقتضاء الوجود والعدم انما

او شمول عدمه

هو بالنسبة الى الحيض فيه وليس الكلام فيه وليس الكلام فيه لانه امر خفي لا يطلع عليه ولنا الكلام في الامر
الدال عليه وهو قولها حضت وليس ثم اختلاف في مقتضى وجوده وعدمه وقوله وكذا لو قال ان كنت
تحبين ان يعذبك الله بنار جهنم ظاهر وقوله لما بينا اشارة الى قوله امينة في حق نفسها شاهدة في
حق ضرتها وقوله ولا يتيقن بكذبها جواب عما يقال اخبارها عن محبتها بتعذيب الله مقطوع بكذبها في
جبلتها لا يقبل قولها اصلا ووجهه لا يتيقن بكذبها لان النشرة بغضها اياه قد تحب التخلص منه
بالعذاب فلم يكن كذبها مقطوعا به وقوله في حقها ان تعلق باخبارها ظاهر وقوله واذا قال اذا حضت
فانت طالق الفرق بينه وبين ما قبله ظاهر ومن الفرق انه لو قال اذا حضت فانت طالق وهذا العبد حر
كان حرا من حين رات الدم حتى كان الاكساب له وكان الطلاق بدعيا وقوله واذا قال اذا حضت حيضة
كان الطلاق سنيا لانه لا يقع الا بعد ما طهرت وقوله في حديث الاستبراء يريد بما قال عليه السلام في سبايا او
طاس ولا الحبالى حتى يستبرئن بحيضة اراد به كمال الحيض وهو انما يكون بانتهائه بانقطاع الدم اذا كان ايامها
عشرة ايام وبالانقطاع والغسل او ما يقوم مقامها اذا كانت ايامها دون العشرة وقوله واذا قال انت طالق
اذا صمت يوما ظاهر مما تقدم واذا قال اذا صمت صوما فحكمه كذلك بخلاف ما اذا قال اذا صمت فانها اذا صامت
ساعة مقرونة بالنية وقع الطلاق بما ذكره في الكتاب **قال** ومن قال لامراته اذا ولدت غلاما فانت
طالق واحدة و[1] هذه المسئلة لا تخلو عن اوجه ان علم ان الغلام ولدته اولا طلقت واحدة وانقضت عدتها بالجارية فلا تقع
شيء بعده وان علم ان الجارية ولدته اولا طلقت ثنتين وان اختلفا فالقول للزوج لانكاره الزيادة وان
لم يدر ايتهما اولا لزمه في القضاء واحدة لانها ثابتة بيقين وفي الثانية شك وفي التنزه وهو التباعد عن
السوء تطليقتان حتى لو كان قبل هذا واحدة لا يطاها حتى تنكح زوجا غيره لاحتمال انها طلقت و[2] تركه وطء
امراة يحل له وطؤها خير من ان يطا امراة محرمة عليه وقوله والعدة منقضية بيقين لما بينا يريد قوله لانها
لو ولدت الغلام اولا الى اخره وحاصله ان انقضاء عدة الحامل بوضع الحمل وقوله ان كلمت ابا عمرو على ما
ذكره في الكتاب واضح سوى الفاظ نذكرها وقوله في حق الطلاق كشيء واحد يعني من حيث ان الطلاق لا يقع
الا بهما فصار الشرطان بمنزلة شرط واحد ولو كان شرطا واحدا لما وقع بدون الملك فكذلك هذا ولنا
ان صحة الكلام اي صحة هذا الذي هو اليمين باهلية المتكلم فيكون صحة قائمة به[3] بان تكون محلا ثم منه ولا يحتاج الى الملك
لكن شرطنا الملك حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود باستصحاب الحال فان الملك اذا كان موجودا وقت
التعليق فالظاهر بقاؤه الى وقت وجود الشرط واما اذا لم يكن موجودا فليس كذلك فلا يكون مخيفا حاملا
او مانعا وحالة تمام الشرط لينزل الجزاء لانه لا ينزل الا في الملك وفيما بين ذلك مستغنى عنه فلا يشترط وجود الملك
لان اليمين يقوم بمحله وهو الذمة كما اذا علق طلاقها بالشرط فابانها وانقضت عدتها ثم تزوجها فانت
بالشرط فانها تطلق بالاتفاق ولم يبطل اليمين بزوال الملك فكان كالنصاب اذا انتقص في خلال الحول فانه لا يفد

وقوله

وقوله وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا مسئلة الهدم وهي معروفة وثمرة الخلاف تظهر
فيما ذكره في الكتاب فانها اذا تزوجت بزوج اخر وعادت الى الزوج الاول ثم دخلت الدار تقع عليها
الثلاث بالاتفاق اما عند محمد فلعدم الهدم واما عندهما وان وجد الهدم فبالدخول في الدار تقع
الثلاث لان الثلاث معلقة بدخول الدار وانما تظهر فيما اذا علق الطلقة الواحدة بدخول الدار ثم طلقها
طلقتين وتزوجت بزوج اخر ثم عادت الى الاول فدخلت الدار تثبت الحرمة الغليظة عند محمد
لعدم الهدم وعندهما لا يثبت لتحقق الهدم وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا ثم قال لها انت
انت طالق ثلاثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شيء وقال زفر تقع
الثلاث لان الجزاء مطلق لاطلاق اللفظ اذ لم يتقيد بطلقات في ملك دون ملك فلا يتقيد قوله وقد بقي
احتمال وقوعها اي بنكاحها ثانيا بعد تزوجها بزوج اخر فيبقى اليمين فاذا وجد المحل يقع الجزاء ولنا ان الجزاء
طلقات هذا الملك بدلالة الحال وانما قلنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لانها هي المانعة اذ الظاهر عدم ما يحدث
وكل ما كان مانعا عن وجود الشرط وحاملا عليه فهو الجزاء لان اليمين للمنع او الحمل وههنا عقدت للمنع
فيكون الجزاء طلقات هذا الملك واذا كان الجزاء ذلك وقد فات بالتنجيز المبطل للمحلية فات اليمين لما تقدم
ان بقاء اليمين بالشرط والجزاء والكل ينتفي بانتفاء جزئه واعترض بان انعقاد اليمين لو انحصر في المنع
او الحمل لم يصح ان يقال ان حضت فانت طالق لانه لم يتصور فيه لا منع ولا حمل لكون الحيض عارضا سماويا
واجيب بان الاعتبار للغالب الشايع دون النادر وفيه نظر لان السؤال لم ينحصر في صور الحيض حتى يكون
نادرا وانما هو ات في الوجدانيات كالمحبة والكراهة والجوع وغيرها والصواب ان يقال الشرط في
مثل ذلك هو اخبارها عن ذلك والحمل والمنع فيه متصور وقوله بخلاف ما اذا ابانها يتعلق بقوله وقد فات
بتنجيز الثلاث اي فات الجزاء بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية بخلاف ما اذا ابانها بطلقة او طلقتين
حيث لا يفوت الجزاء لبقاء المحل ولهذا اذا عادت اليه بعد زوج اخر عادت بثلاث طلقات عند
ابي حنيفة وابي يوسف وهي مسئلة الهدم وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا قال العبد
ان دخلت الدار فانت حر ثم باعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق مع انه بالبيع لم يبق محلا لليمين
وبينها وبين مسئلة الظهار فان هذه المراة لو كان قال لها زوجها ان دخلت الدار فانت علي
كظهر امي ثم طلقها ثلاثا ثم عادت اليه بعد زوج اخر كان مظاهرا منها ان دخلت الدار واجيب
عن الاول بان العبد بصفة الرق كان محلا للعتق وبالبيع لم تفت تلك الصفة حتى لو فاتت بالعتق
لم يبق اليمين وعن الثاني بان محلية الظهار لا تنعدم بالتطليقات الثلاث لان الحرمة بالظهار
غير الحرمة بالطلاق فان تلك الحرمة حرمة متناهية بوجود التكفير وهذه بوجود الزوج الثاني
الا انها ان دخلت الدار حينئذ يثبت الظهار قوله ولو قال لامراته اذا جامعتك فانت طالق ثلاثا فجامعها

[Margin notes:]
[1] واحدة و
[2] طلقها
[3] فيكون صحة قائمة به
وقد فات اليمين
بعد طلقات الثلث انما لا يصير مظاهرا لان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وانما يصير مظاهرا بعد التزوج بها فاذا دخلت الدار

وقوله في الفصل الاول يعني اذا لم يخرجه وقوله بوجود الجماع بالدوام عليه معناه انه جعل الدوام عليه
انه جعل الدوام على اللبث بعد الدخول بمنزلة الدخول الابتدائي وقوله ولا دوام للادخال معناه ان
للدوام حكم الابتداء فيما له دوام والجماع هو الادخال ولا دوام له وقوله وجب العقر قال في
ديوان الادب العقر مهر المراة اذا وطيت بشبهة والمراد به مهر المثل وبه فسر الامام العتابي
العقر في شرح الجامع الصغير وقوله لوجود المساس اشارة الى ان الحظر له حكم دوام الجماع فيكون البقاء
كالابتداء الوجود عند ابي يوسف واما دوام المساس فهو موجود بالاجماع وعن هذا قيل ينبغي ان
يصير مراجعا في هذه الصورة عند الكل لوجود المساس بشهوة **فصل في الاستثناء**
الاستثناء هو التكلم بالباقي بعد الثنيا والحقه بفصل التعليق لتاخيهما في كونهما بيان التغيير و
لما كان التعليق لكونه يمنع كل الكلام اقوى من الاستثناء لانه يمنع بعضه قدمه على الاستثناء ولما كا
مسلة ان شاء الله تعالى تعليقا صورة ذكرها بقرب من التعليق في اول فصل الاستثناء لقوة المناسبة
من حيث ان كل واحد منهما يمنع اول الكلام او باعتبار ان الله سمى استثناء قال ولا يستثنون واختلفوا
في ان قوله ان شاء الله تعالى بعد ذكر الجمل للابطال او التعليق فذهب ابو يوسف الى الاول ومحمد الى الثاني و
الى هذا اشار المصنف في باب الاستثناء من اقرار هذا الكتاب فقال لان الاستثناء بمشية الله تعالى اما
ابطال او تعليق وسنذكر ثمرة هذا الاختلاف هناك ان شاء الله تعالى واذا قال لامراته انت
طالق ان شاء الله متصلا لم يقع الطلاق لقوله عليه السلام من حلف بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله
متصلا به لا حنث عليه ولانه اتى بصورة الشرط اي بحرف الشرط صريحا دون حقيقته لان حقيقة
الشرط عبارة عما يكون على خطر وتردد ومشية الله ليست كذلك لثبوتها قطعا او انتفائها كذلك وما
هو كذلك فهو تعليق فيكون تعليقا من هذا الوجه يعني من حيث الصورة والتعليق اعدام اي اعدام
العلية قبل وجود الشرط والشرط ههنا غير معلوم لنا فيكون اعداما من الاصل فكان ابطالا للكلام
ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة ساير الشروط لكونه بيان تغيير وشرط الاتصال
فلو سكت ثبت حكم الكلام الاول فيكون الاستثناء او ذكر الشرط بعده رجوعا عن الاول وقوله فيكون الا
ستثناء يعني على قول محمد او ذكر الشرط يعني على قول ابي يوسف وقوله وكذا اذا ماتت معطوف على قوله لم يقع الطلاق
يعني اذا ماتت بعد قوله انت طالق قبل قوله ان شاء الله لا يقع الطلاق لان الكلام خرج بالاستثناء من ان
يكون ايجابا واذا بطل الايجاب بطل الحكم فان قيل الايجاب وجد في حيوتها والاستثناء بعدها فيكون باطلا
لعدم المحل واذا بطل الاستثناء صح الايجاب فيقع الطلاق اجاب بقوله والموت ينافي الموجب دون المبطل
يعني ان الايجاب لم يتصل بالموت بان يموت قبل تمام قوله انت طالق بطل اما المبطل وهو الاستثناء او الشرط
فلا يبطل لان مبطل الشيء ما ينافيه ولا منافاة بين مبطل ومبطل بخلاف الموجب فان المبطل ينافيه فيرفعه

بخلاف

بخلاف ما اذا مات الزوج بعد قوله انت طالق قبل قوله ان شاء الله وهو يريد الاستثناء حيث يقع الطلاق
لانه لم يتصل به الاستثناء وانما يعلم ارادته الاستثناء بقوله قبل ذلك اي اطلق امراتي واستثني وان قال
انت طالق ثلثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال الا ثنتين طلقت واحدة وفي ذكر المثالين اشارة الى
ان استثناء القليل والكثير سواء خلافا للفراء فانه لا يجوز الاكثر ويدعي انه لم يتكلم به العرب والاصل
ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا اي بما بقي من المستثنى منه بعد الاستثناء هو الصحيح احتراز عن قول
من يقول انه اخراج بطريق المعارضة وموضعه اصول الفقه واذا كان كذلك لا فرق بين ان يقال لفلان علي درهم
وان يقال عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض قليلا كان او كثيرا او الاكثر من الجملة لبقاء التكلم بالبعض
بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل مثل ان يقول عشرة الا عشرة لانه لم يبق بعد الاستثناء شيء يصير متكلما
به وصار لغوا لفظا لم يغير كلامه الاول كما كان ويقع الثلث وقد ظن بعض اصحابنا ان الاستثناء رجوع و
الرجوع عن الطلاق باطل فلذلك لم يصح وليس كذلك لما انه ابطل استثناء الكل في الوصية مع ان الوصية
يحتمل الرجوع وذكر المصنف في زياداته استثناء الكل من الكل انما لا يصح اذا كان بذلك اللفظ واما اذا
استثنى بغير ذلك اللفظ فيصح وان كان استثناء الكل من الكل من حيث المعنى فانه لو قال كل نسائي طوالق
الا كل نسائي لا يصح الاستثناء بل يطلقن كلهن ولو قال كل نسائي طوالق الا زينب وعمرة وبكرة و
سلمى لا يطلق واحدة منهن وان كان هو استثناء الكل من الكل وهذا لان الاستثناء تصرف لفظي فيصح
فيما صح فيه اللفظ فلو استثنى الجزء عن الكل صح لفظا فكذا فيما بقي اذ لو كان الاستثناء يتبع الحكم
الشرعي لما صح في قوله انت طالق عشرة الا تسعا لما انه لا مزيد على الثلث شرعا وهو صحيح بلا خلاف
وقوله وانما يصح اذا كان موصولا به ظاهر والله اعلم **باب طلاق المريض** لما فرغ من
بيان طلاق الصحيح سنيا وبدعيا صريحا وكناية تنجيزا وتعليقا كلا وجزءا شرع في بيان
طلاق المريض متعرضا لبعض ما ذكر اذ المرض من العوارض السماوية فاخر بيانه عن بيان
حكم من به الاصل وهو الصحة واذا طلق الرجل امراته في مرض موته وهذا يسمى طلاق الفار و
الاصل فيه ان من ابان امراته في مرض موته بغير رضاها وهي ممن ترثه ثم مات عنها وهي في العدة
ورثته خلافا للشافعي قيد بالابانة لان الطلاق اذا كان رجعيا كان توريثها منه باعتبار
ان حكم النكاح باق من كل وجه لا باعتبار الفرار وقيد بمرض موته لانه اذا طلقها بائنا
في مرض فصح منه ثم مات لا ترث وبغير الرضا لانه اذا كان برضاها لا ترثه وممن ترثه
لانها اذا كانت كتابية او امة لا ترث وبالموت في العدة لانها ان ماتت بعد انقضائها لم ترث
خلافا لمالك وحكم الفرار كما يثبت من جانبه يثبت من جانبها كما اذا ارتدت والعياذ بالله و
هي مريضة فانه يرثها قال الشافعي لا يرث في الوجهين يعني قبل انقضاء العدة وبعدها لان

سبب ارثها منه الزوجية والزوجية قد بطلت بهذا العارض وهو الطلاق ولهذا لا
يرثها اذا ماتت ولنا ان الزوجية سبب ارثها منه في مرض موته وهو ظاهر والزوج
قصد ابطال هذا السبب بالطلاق وهو ايضا ظاهر فيرد عليه قصده بتاخير عمله اى عمل
الطلاق الى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها فان قيل ان كان سبب تاخير العمل
دفع الضرر عنها وجب ان يستوى في ذلك الموطوءة وغيرها وما قبل انقضاء العدة و
ما بعده اجاب بقوله وقد امكن يعني انما يصح توريثها منه اذا امكن تاخير عمل الطلاق فيكون
السبب وهو النكاح قايما وقد امكن ذلك الحد زمان انقضاء العدة لان النكاح في العدة
باق في حق بعض الاثار من حرمة التزوج وحرمة الخروج والبروز وحرمة نكاح الاخت
وحرمة نكاح رابعة سواها فجاز ان يبقى في حق ارثها عنه دفعا للضرر عنها بخلاف
غير الموطوءة وما بعد انقضاء العدة لان التاخير فيه غير ممكن لعدم بقاء النكاح اصلا و
قوله والزوجية في هذه الحالة جواب عن قوله ولهذا لا يرثها اذا ماتت ومعناه ان الزوج
اذا كان مريضا لا يتعلق له حق في مال المراة لكونها صحيحة فلا يرثها اذا ماتت اما لانه لم
يتعلق حقه بمالها واما لانه رضي بحرمانه عن الارث حيث اقدم على الطلاق واما لانه لم يكن النكاح
قايما بوجه من الوجوه وقوله فيبطل في حقه قال في النهاية بالنصب لانه جواب النفي وقال بعض
الشارحين بالرفع لا غير ولكل منهما وجه خلا قوله لا غير فانه لا وجه له وقوله وان طلقها
بامرها ظاهر قيل سوالها الطلاق لا يربو على قولها اسقطت مهري من فلان وثمه لا يسقط
واجيب بان الميراث لا يحتمل السقوط مقصودا ولكن سببه وهو الزوجية يحتمل الرفض فاذا لم
ترض برفضها جعلناها قايمة في حقها حكما واذا رضيت حكمنا بارتفاعها فيسقط الارث
ضمنا له وكم من حكم يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا وكذلك اذا اختارت نفسها لانه دليل الرضى بالفرقة
وفي الخلع قد التزمت المال ليحصل الفرقة لها وهو ادل على الرضى بها وقوله وان قال لها في مرضه في
هذه المسئلة والتي بعدها يجب الاقل عند ابي حنيفة ويجب ما اقر واوصى بالغا ما بلغ فيهما عند زفر
وقولهما في الاولى كقول زفر وفي الثانية كقول ابي حنيفة قال زفر الميراث لما بطل بسوالها او تصديقها
زال المانع من صحة الاقرار والوصية واذا زال المانع يعمل المقتضي عمله ووجه قولهما في المسئلة الاولى
انهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت اجنبية فانعدمت التهمة واستوضح ذلك
بقوله الا يرى وقوله وهي سبب التهمة اى العدة سبب تهمة ايثار الزوج لزوجة على ساير الورثة
بزيادة نصيب لها كما في حقيقة الزوجية والحكم وهو عدم صحة الاقرار والوصية يدار على دليل التهمة
ولهذا يدار اى الحكم المذكور على النكاح والقرابة حيث لا يجوز وصيته ولا اقراره لمنكوحته وذوي قرابته

وتحقيق هذا ان الانسان قد يختار الطلاق لينفتح عليه باب الوصية والاقرار وكذا قد يتواضع
مع قرابته بدين ايثارا له على غيره لكنه امر مبطن وله سبب ظاهر وهو النكاح والقرابة فاقامها الشرع
مقامه ولم يجوز الاقرار والوصية لمنكوحته وقريبه فكذا في المعتدة لان العدة من اسباب التهمة
ولا عدة في المسئلة الاولى لتصادقهما على انقضائها وفي عبارته تسامح لانه ذكر ان العدة سبب التهمة
ثم جعله دليل التهمة واقامة الشيء مقام غيره اقامة السبب الداعي مقام المدعو واقامة الدليل مقام
المدلول فهما قسمان ولابي حنيفة في المسئلتين ان التهمة قايمة لان المراة قد تختار الطلاق لينفتح
باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء
العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا
تهمة في قدر الميراث فصححناه وقوله ولا مواضعة عادة جواب عن قولهما الا يرى انه
تقبل شهادته لها وهو واضح قال ومن كان محصورا او في صف القتال هذا بيان ان حكم الفرار
غير منحصر في المرض بل كل شيء يقربه الى الهلاك غالبا فهو في معنى مرض الموت لان مرض الموت
هو الذي يخاف منه الهلاك غالبا فكان في معناه سواء وفسر المرض الذي يخاف منه الهلاك غالبا ان
يكون صاحب فراش وفسره من يكون بحال لا يقوم بحوائجه كالاصحاء وكلامه واضح وقوله ولهذا اخوات
يخرج على هذا منها راكب السفينة بمنزلة الصحيح فان تلاطمت الامواج وخيف الغرق صار
كالمريض في هذه الحالة ومنها المراة الحامل فانها كالصحيحة فاذا اخذها الطلق فهي كالمريضة و
منها المقعد والمفلوج ما دام يزداد ما به فهو كالمريض فان صار بحيث لا يزداد كان بمنزلة الصحيح
في الطلاق وغيره لانه ما دام يزداد في علته فالغالب ان اخره الموت واذا صار بحال لا يزداد
فلا يخاف منه لم يكن كذلك وقوله واذا مات في ذلك الوجه بيانه انه اذا طلقها في مرض موته
ثم قتل او مات من غير ذلك المرض لانه لم يصح فلها الميراث وكان عيسى بن ابان لا ميراث لان
مرض الموت ما يكون سببا للموت ولما مات بسبب اخر علمنا ان مرضه لم يكن مرض الموت وان
حقها لم يكن متعلقا بماله يومئذ فهو كما لو طلقها في صحته ولكنا نقول قد اتصل الموت بمرضه
حين لم يصح حتى مات وقد يكون للموت سببان فلا يتبين بهذا ان مرضه لم يكن مرض الموت
وان حقها لم يكن ثابتا في ماله وقد بينا ان ارثها عنه بحكم الفرار وهو متحقق ههنا واذا قال
الرجل لامراته وهو صحيح كلامه فيه واضح سوى الفاظ نذكرها قوله فانت طالق يعني طلاقا باينا
لان حكم الفرار انما يعطى اذا كان الطلاق باينا على ما ذكرنا وقوله وكانت هذه الاشياء يعني وجدت
فانه لا يحتاج الى خبر وقوله يصير مطلقا عند الشرط حكما لا قصدا لا يظهر في مسئلتين احدهما
انه لو علق طلاق امراته بالشرط ثم وجد وهو مجنون فانه يقع مع ان طلاق المجنون غير واقع

فدل على انه ليس بتطليق قصدا والثانية ان الرجل اذا علق طلاق امراته بشرط ثم حلف لا يطلق امراته ثم وجد الشرط لا يحنث فلو كان تطليقا قصدا لحنث وقوله والفعل مما له منه بدّ ولا بدّ له منه يصير فارا قيل عليه ينبغي ان لا يصير فارا في التعليق بالفعل الذي لا بد منه اذا كان التعليق في الصحة لان الفعل اذا كان مما لا بد له منه يصير مضطرا في مباشرته ذلك الفعل فلا يصير الفعل ظالما فلا ترث واجيب بان الاضطرار في جانب الفعل لا يرد وجوب الضمان عليه كمن اضطر الى اكل مال الغير او الى قتل الجمل الصائل فانه يضمن وان لم يوصف فعله بالظلم لما ان عصمة المحل يكفي لايجاب الضمان وقوله لانها راضية بذلك يعني صار كانه طلقها بسوالها لما ان الرضا بالشرط رضى بالمشروط فان قيل لا نسلم ذلك فان احد شريكي العبد اذا قال لصاحبه ان ضربته فهو حر فضربه عتق وللضارب ولاية تضمين الحالف مع ان الضارب ضربه باختياره فلم يجعل ذلك منه رضى اجيب بان حكم الفرار ينبت على خلاف القياس استحسانا باجماع الصحابة لتهمة العدوان فانه روي عن عمر وعثمان وعلي وفتاويهم فيه غيرهم فيبطل حكمه ايضا بشبهة الرضى ولا كذلك حكم الضمان وقد وجد ههنا شبهة رضى المراة وهي كفى ذلك لنفي حكم الفرار وقوله او في العقبى راجع الى صلوة الظهر قيل انما خصها بالذكر وان كان جميع المكتوبات فيه سواء لانها اول صلوة فرضت على النبي صلى الله عليه وكان الفهم في النظير الى الاول اسبق وقوله فكذلك الجواب عند محمد اي لا ترث المراة لانه حين علق الزوج الطلاق لم يكن في فعاله لها حق فلا يتهم بالقصد الى الفرار ولم يوجد بعد ذلك منه صنع غاية ما في الباب ان ينعدم رضاها وفعلها باعتبار انها لا تجد منه بدا فيكون هذا كالتعليق بفعل اجنبي او بمجيء الشهر وقد بينا ان هناك لا ترث اذا كان التعليق في الصحة فكذلك ههنا لما ان الزوج لم يباشر العلة ولا الشرط في مرضه فلا يكون فارا فان قيل في هذا مناقضة من جانب زفر لانه قال فيما تقدم ان المعلق بالشرط كالمنجز فكان ايقاعا في المرض فالجواب ان معنى قوله لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق حقها به اي صنع معتبر لان الشرط لما كان فعلها جعل صنع الزوج كلا صنع بخلاف ما تقدم فان الشرط لم يكن فعلها فلم يخرج فعله عن حيز الاعتبار وقوله لان الزوج الجاها الى المباشرة اي الجاها الى فعل الذي لا بد لها منه علة لاسقاط حقها ولو طلقها فارتدت اي لو طلقها ثلثا او باينا فانه ان لم يظهر اثر الثلث والبينونة في الارتداد يظهر فيما ذكره بمقابلته من مسئلة المطاوعة فانها انما ترث في المطاوعة بعد البينونة واما اذا طاوعت ابن زوجها حال قيام النكاح او بعد طلاق الرجعي فلا ترث لوقوع الفرقة بالمطاوعة وقوله لان المحرمية لا ينافي الارث يعني بل ينافي النكاح كما في الام والاخت وقوله وهو يعني الارث هو الباقي وقوله فيكون راضية ببطلان السبب اي سبب الارث وهو النكاح وقوله وقال محمد لا ترث قيل لان الطلاق انما يقع بلعانها لانه اخر اللعانين فكان آخر المدارين فان قيل الفرقة انما يقع بقضاء القاضي عندنا فكان القضاء آخر

المدارين اجيب بان اللعان شهادة عندنا على ما ياتي والحكم ابدا يثبت بالشهادة لا بالقضاء ووجه قوله ان الفرقة وان كانت تقع بلعانها الا انها مضطرة في ذلك لاستدفاع العار عن نفسها فكان ملحقا بفعل لا بد لها منه وقد بينا الوجه فيه اي في الفعل الذي لا بد لها منه وهو قوله لانها مضطرة في المباشرة وقوله وان آلى وهو صحيح ظاهر وقوله وقد ذكرنا وجهه يريد به قوله قلنا ان التعليق السابق يصير تطليقا الى آخره فان قيل لا نسلم ان الايلاء نظير تعليق الطلاق بمجيء الوقت ان كان التعليق في الصحة لما انه متمكن من ابطال الايلاء بالفيء فاذا لم يبطل في حالة المرض صار كانه انشا الايلاء في المرض وهناك ترث فكذلك ههنا وكان نظير من وكل وكيلا بالطلاق في صحته فطلقها الوكيل في المرض كان فارا لتمكنه من العزل فاذا لم يعزل جعل كانه انشا فكذلك ههنا اجيب بان الفرق بينهما ثابت وهو انه لا يمكنه ابطال الايلاء الا بضرر يلزمه فلم يكن متمكنا مطلقا بخلاف مسئلة الوكالة وقوله في جميع الوجوه يعني سواء كان الطلاق بسوالها او بغير سوالها وسواء كان التعليق بفعلها او بفعله وسواء كان الفعل مما لها منه بد او لم يكن والباقي واضح والله تعالى اعلم

باب الرجعة

لما كانت الرجعة متاخرة عن الطلاق طبعا اخرها وضعا لتناسب الوضع الطبع والرجعة بالفتح والكسر والفتح افصح وهي عبارة عن استدامة ملك النكاح ولها شرايط احدها تقدم صريح لفظ الطلاق او بعض الفاظ الكناية كما تقدم والثاني ان لا يكون بمقابلته مال والثالث ان لا يستوفي الثلث من الطلاق والرابعة ان يكون المراة مدخولا بها والخامسة ان يكون العدة قايمة ولا خلاف في مشروعيتها لاحد لثبوتها بالكتاب والسنة والاجماع والفاظ الرجعة ان يقول راجعتك ان كان في حضرتها او راجعت امراتي في الغيبة بشرط الاعلام او في الحضرة ايضا او يقول رددتك او امسكتك او يقول انت عندي كما كنت او انت امراتي ان نوى الرجعة ولا خلاف لاحد في جواز الرجعة بالقول واما بالفعل مثل ان يطاها او يقبلها او يلمسها او ينظر الى فرجها بشهوة فهي صحيحة عندنا وقال الشافعي لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح لثبوت الحل بها وابتداء النكاح لا يصح بالوطي ودواعيه وكان الوطي حراما كما في ابتداء النكاح وقلنا هي عبارة عن استدامة النكاح كما بينا وهو اشارة الى قوله لا بدي انه سمي امساكا وهو الابقاء وقوله وسنقرره اشارة الى ما ذكر في آخر هذا الباب وهو قوله قلنا انها قائمة حتى يملك مراجعتها الاخره وقوله والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة جزء الدليل وقوله كما في اسقاط الخيار دليله وتقريره الرجعة استدامة الملك والفعل قد يقع دليلا على الاستدامة كما في اسقاط الخيار فان من باع جارية على انه بالخيار ثلثة ايام ثم وطيها سقط الخيار كما اذا سقط بالقول بل هنا اولى لانه في البيع يحتاج الى رفع السبب المزيل وهو البيع اما ههنا فلا يحتاج الى رفع الطلاق بل يحتاج الى دفع ما لولاه لزال والدفع اسهل من الرفع ولا

كان الثابت بالدليل ان بعض الفعل قد يقع دلالة على الاستدامة احتاج الى ان يعينه فقال والدلالة اى الدليل
فعل يختص بالنكاح وهذه الافاعيل تختص بالنكاح فيقع دلالة وقوله خصوصا فى الحرة لبيان ان حل
الاستمتاع ليس الا بالنكاح واما فى الامة فيحل به وبملك اليمين ايضا بخلاف النظر والمس بغير شهوة لانه
قد يحل بدون النكاح كما فى القابلة والطبيب والخاتنة والشاهد فى الزنا اذا احتاج الى تحمل الشهادة و
النظر الى غير الفرج قد يقع بين المساكنين والزوج يساكنها فى العدة فلو كان النظر اليها رجعة
لطلقها لتطول العدة عليها وفيه ضرر بها فلا يجوز لقوله تعالى فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف
او سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا **قال** ويستحب ان يشهد على الرجعة اذا
اراد الرجعة يستحب ان يقول لاثنين اشهدا على بانى قد راجعت امراتى وان لم يشهد صحت الرجعة
وقال الشافعى فى احد قوليه لا تصح وهو قول مالك وهو غريب لانه لا يوجب الشهادة على ابتداء النكاح
ويجعلها شرطا على الرجعة لهما قوله تعالى فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف
واشهدوا ذوى عدل منكم والامر للايجاب ولنا اطلاق النصوص فى الرجعة عن قيد الاشهاد وهو
قوله تعالى فامسكوهن بمعروف وقوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف وقوله تعالى وبعولتهن احق
بردهن وقوله تعالى فلا جناح عليهما ان يتراجعا وقوله عليه السلام مر ابنك فليراجعها وقوله ولانه اى
الرجعة بمعنى الرجوع او على تاويل الاستدامة استدامة النكاح كما تقدم والاستدامة انما هى حال البقاء والشهادة
ليست بشرط فى النكاح حال البقاء بالاتفاق فكانت كما فى الايلاء فى ان الشهادة عليه ليست بشرط
لكونه حالة البقاء الا انها اى الشهادة مستحبة لزيادة الاحتياط لئلا يجرى التناكر فيها اى فى الرجعة و
ما تلاه نقض من قوله تعالى واشهدوا ذوى عدل منكم محمول على الاستحباب فى قطع التناكر فكان الامر
للارشاد الى ما هو الارفق كما فى قوله تعالى واشهدوا اذا تبايعتم بدليل انه قرنها بالمفارقة حيث قال او
فارقوهن بمعروف واشهدوا وهو اى الاشهاد فيها اى فى المفارقة مستحب فكذا فى الرجعة واعترض
بان القران فى النظم لا يوجب القران فى الحكم كما فى قوله تعالى اقيموا الصلوة واتوا الزكوة واجيب بان ذلك فيما
اذا حكم على احدى الجملتين المتقارنتين بحكم الجملة الاخرى وما نحن فيه ليس كذلك بل فيه كل جملة من الجملتين
مستقلة بحكمها وانما تعقبها جملة اخرى تعلقت بهما واحد بعينه تعلقها بهما من حيث الاستحباب
فكذلك الاخرى لئلا يلزم استعمال اللفظ الواحد فى معنيين مختلفين ويستحب ان يعلمها بالرجعة لانه لو
لم يعلمها لربما تقع المراة فى المعصية فانها قد تتزوج بناء على زعمها ان زوجها لم يراجعها وقد انقضت
عدتها ويطاها الزوج فكانت عاصية وزوجها اوقعها فيه مسيئا بترك الاعلام ولكن مع ذلك
لو لم يعلمها صحت الرجعة لانها استدامة وليست بانشاء فكان الزوج بالرجعة متصرفا فى خالص حقه
وتصرف الانسان فى خالص حقه لا يتوقف على علم الغير فان قيل كيف يكون عاصية بغير علم اجيب بانها اذا

تزوجت بغير سؤال وقعت فى المعصية لان التقصير جاء من جهتها واذا انقضت العدة فقال كنت راجعتها
فى العدة فان صدقته فهى رجعة وان كذبته فالقول قولها لانه اخبر عما لا يملك انشاءه فى الحال وكل من فعل
كذلك فهو متهم وذلك يقتضى ان لا يصح الرجعة وان صدقته ايضا الا ان بالتصديق ترتفع التهمة
ولا يمين عليها عند ابى حنيفة وهى مسئلة الاستحلاف فى الاشياء الستة وقد مر فى كتاب النكاح واذا
قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتى فاما ان قالت ذلك متصلا بكلام الزوج او
بعد مكث فان كان الثانى يصح الرجعة بالاتفاق وان كان الاول لم يصح عند ابى حنيفة خلافا لهما قالا الزوج
صادف العدة لبقائها ظاهرا الى ان تخبر وقد سبقت الرجعة فكانت واقعة فى العدة وهى صحيحة لا
محالة ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتى وقع الطلاق ولابى حنيفة انها
صادفت حالة الانقضاء لانها امينة فى الاخبار عن الانقضاء اذ لا يعلم ذلك الا باخبارها وقد اخبرت بذلك
والاخبار يقتضى سبق المخبر عنه ولا دليل على مقدار معين واقرب احواله حال قول الزوج فاذا صادفت حالة
الانقضاء لا يكون معتبرة ولا نسلم ان مسئلة الطلاق على الوفاق بل على الخلاف ولئن كانت على الاتفاق
فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا يثبت به واذا قال زوج الامة بعد انقضاء العدة
قد كنت راجعتها وهى فى العدة فاما ان تصدقه المولى والامة او يكذباه او يصدقه المولى وتكذبه
الامة او بالعكس فان كان الاول صحت الرجعة بالاتفاق وان كان الثانى لم يصح بالاتفاق الا اذا
برهن وان كان الثالث وليس له بينة فالقول قولها عند ابى حنيفة رحمه الله وقالا القول قول المولى
لان البضع مملوك له بعد انقضاء العدة معناه منافع البضع فكان الاقرار بها للزوج اقرارا
بما هو خالص حقه فالامر له وكان كالاقرار عليها بالنكاح بان يقر بانه زوج امته من فلان
وهو اى ابو حنيفة يقول حكم الرجعة يبتنى على بقاء العدة وانقضائها وكل ما يبتنى على ذلك يبتنى
على قول من يكون القول قوله فى ذلك لكونه امينا والقول فى العدة قولها فحكم الرجعة مبنى على
قولها ولم يذكر الجواب عن الاقرار بالتزويج لظهوره وذلك لانها صدقته فى الرجعة لم يبق
له حق فى منافع بضعها فانى يكون اقراره بما هو خالص حقه بخلاف الاقرار بالتزويج فانه
اقرار بذلك فكان الفرق نيرا وان كان الرابع وعبر عنه المصنف بقوله ولو كان على القلب
فعندهما القول قول المولى لان منافع البضع خالص حقه والزوج يدعيها عليه وهو ينكره
وكذا عنده فى الصحيح لانها منقضية العدة فى الحال بالاتفاق وبالانقضاء يظهر ملك المتعة
للمولى وهى مبطلة فلا يقبل قولها فيه بخلاف الوجه الاول لان المولى بالتصديق فى الرجعة يجعل
بقيام العدة عندها اى عند الرجعة ولا يظهر ملكه مع العدة وفى هذا الكلام اشارة الى الجواب
عن مسئلة التزويج كما اشرنا اليه قوله وان قالت قد انقضت عدتى ظاهر والضمير فى به راجع

الى انقضاء قال واذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لكلامه واضح وقوله بلزوم حكم من احكام
الطاهرات يعني وقت الصلوة يعني ان الوقت اذا مضى صارت الصلوة دينا في ذمتها وهو
من احكام الطاهرات وقوله اذا تيممت وصلت اطلق الصلوة ليتناول المكتوبة وغيرها و
قوله حتى ينسحب الاحكام يريد به دخول المسجد ومس المصحف وقراءة القران واباحة
الصلوة وسجدة التلاوة وقوله والاحكام الثابتة ايضا ضرورية اقتضائية يعني ان ثبوت
هذه الاحكام من ضرورة جواز الصلوة بالتيمم اما قراءة القران فلانها ركن الصلوة و
اما المسجد فلانه مكان الصلوة واما سجدة التلاوة فهي من توابع القراءة فانه يجوز ان يقرا
في صلوته اية السجدة ولقائل ان يقول الحاصل دليلهما ان التيمم طهارة ضرورية وان الضرورة
انما تتحقق حال اداء الصلوة فلا تكون قبله طهارة يتعلق بها انقطاع الرجعة وقد تقرر من
الاصول ان الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فكان الواجب ان لا ينقطع الرجعة وان صلت
ما لم تغتسل او يمضي عليها وقت صلوة والجواب ان الضروري متى ثبت ثبت بجميع لوازمه ومن
لوازم ثبوت الطهارة عند اداء الطهارة انقطاع الحيض ومن لوازم انقطاعه مضي المدة ومن
لوازم مضيها انقطاع الرجعة ولازم لازم اللازم لازم فيثبت عند ثبوته واما الجواب عن
جعلهما التيمم طهارة ضرورية ههنا وطهارة مطلقة في باب الامامة وجعل محمد بالعكس فقد
سبق هناك مستوفى قال واذا اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضوا
فما فوقه لم ينقطع الرجعة وان كان اقل من عضو كاصبع ونحوها انقطعت قال المصنف
وهذا استحسان اعلم ان محمدا لم يذكر في كتبه موضع القياس هل هو عضو فما فوقه او ما هو
دونه وروي انه عند ابي يوسف في العضو فما فوقه فان القياس ان ينقطع الرجعة لانها
غسلت اكثر البدن وللاكثر حكم الكل فكانما اصاب الماء جميع البدن وفي الاستحسان لا ينقطع
لان العدة باقية لعدم الطهارة وعند محمد فيما دونه فالقياس ان يبقى الرجعة لبقاء الحدث و
الاستحسان ان ينقطع لان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن
لعدم وصول الماء اليه والمصنف اشار الى ذلك بقوله والقياس في العضو الكامل ان لا يبقى الرجعة لانها
غسلت الاكثر وهو اشارة الى قياس ابي يوسف وبقوله او القياس فيما دون العضو ان لا يبقى لان
حكم الجنابة والحيض لا يتجزى وهو اشارة الى قياس محمد وذكر وجه الاستحسان وبين الفرق
بين العضو الكامل وما دونه بقوله ان ما دون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن
بعدم وصول الماء اليه فقلنا بانقطاعها حتى لو تيقنت بعدم وصول الماء اليه بان منعت فصار لم
ينقطع الرجعة وهذا اشارة الى استحسان محمد وقال بخلاف العضو الكامل لانه لا يتسارع اليه الجفاف

فلا

فلما لم يكن مبلولا علم انه لم يصبه الماء لعدم الغفلة عنه عادة فلا ينقطع الرجعة وهذا اشارة
الى استحسان ابي يوسف فانظر حذق المصنف في هذا الادراج اللطيف الذي قل ما وقع مثله لغيره
جزاه الله عن المحصلين خيرا وعن ابي يوسف ان ترك المضمضة او الاستنشاق كترك عضو كامل والواو
بمعنى او لان الحكم في كل واحد منهما كذلك وهو رواية هشام عنه وذلك لان حكم الحيض باق لكونهما فر
ضين في الجنابة وفي رواية اخرى عنه وهو رواية الكرخي عن محمد هو ان كل واحد منهما بمنزلة ما دون
العضو لان في فرضيتهما اختلافا فان المضمضة والاستنشاق سنتان في الغسل عند مالك و
الشافعي فكان الاحتياط في انقطاع الرجعة بخلاف غيرهما من الاعضاء فانه لا خلاف لاحد في فرضيتها
قال ومن طلق امراته وهي حامل ومن طلق امراته وهي حامل او ولدت منه ثم طلقها وقال
لم اجامعها ثم اراد الرجعة فله ذلك ولا معتبر بقوله لم اجامعها لانه ظهر الحبل في مدة يتصور ان
يكون منه لكون المسئلة موضوعة في ذلك ومتى ظهر في مدة يتصور ان يكون منه جعل له لقوله عليه السلام
الولد للفراش الحديث وذلك اي جعل الحمل منه دليل الوطي منه وكذا اذا ثبت نسب الولد منه جعل واطيا
لانه لا يتصور بدونه واذا ثبت الوطي تاكد الملك والطلاق في ملك متاكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه
انه لم يجامعها بتكذيب الشارع وفيه بحث من وجهين احدهما ان النسب يثبت دلالة وقوله
لم اجامعها صريح والصريح يفوق الدلالة والثاني انه اقر بقوله لم اجامعها بسقوط حق مستحق له
وتكذيب الشارع لا يرده كما لو اقر بعبد لانسان ثم اشتراها ثم استحقت من يده ثم وصلت
اليه امر بالتسليم الى المقر له وان صار مكذبا شرعا واجيب عن الاول بان الدلالة من الشارع
والصريح من العبد ودلالة الشارع اقوى لاحتمال الكذب من العبد دون الشارع وعن الثاني
بانه لم يتعلق ههنا باقراره حق الغير والموجب للرجعة وهو الطلاق بعد الدخول ثابت فيترتب عليه
الحكم لثبوت المقتضي وانتفاء المانع بخلاف المستشهد به فان المانع ثم موجود وهو تعلق حق
الغرماء به وقوله الا يرى توضيح لقوله والطلاق في ملك متاكد يعقب الرجعة وبيان الاولوية
ان الاحصان له مدخل في وجود العقوبة ومع هذا ثبت بهذا الوطي فلان يثبت به الرجعة
التي ليست فيها جهة العقوبة اولى وقوله وتاويل مسئلة الولادة ظاهر فان خلا بها واغلق بابا
او ارخى سترا على رواية كتاب الطلاق بكلمة او وعلى رواية جامع الصغير وارخى سترا بالواو
والاول اصح ثم قال لم اجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لان تاكد الملك بالوطي وقد اقر بعدمه فيصدق
في حق نفسه والرجعة حقه فان قيل قد صار مكذبا شرعا لوجوب كمال المهر ولا يجب المهر كاملا الا اذا
كان الطلاق بعد الدخول اجاب بقوله ولم يصر مكذبا شرعا لان تاكد المهر المسمى يبتنى على تسليم المبدل
لا على القبض ومعناه انما يصير مكذبا شرعا ان لو كان كمال المهر مستلزما للقبض وهو الوطي وليس كذلك

وانما هو مستلزم للتسليم المبدل وقد حصل بالخلوة الصحيحة اذ التسليم رفع الموانع بين المسلم والمسلم اليه
على ان يقبضه وقد وجد ذلك والتسليم غير مستلزم للقبض فلا يلزم التكذيب بخلاف الفصل الاول لان
الحمل وثبوت النسب يستلزم القبض فيلزم التكذيب فان راجعها بعد ما خلا بها وقال لم اجامعها ثم
وان كان لا علم لها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة اى الرجعة السابقة لان
النسب ثابت منه لعدم الاقرار منها بانقضاء العدة ولاحتمال المدة فان الولد يبقى في البطن هذه المدة
ولا يكون ذلك الا بالدخول فانزل واطئا قبل الطلاق دون ما بعده لان فيما بعده يكون الوطي حراما
لزوال الملك بنفس الطلاق لا الى عدة لان الغرض عدم الوطي قبله لانه انكره بعد الخلوة والمسلم لا يفعل
الحرام واذا كانت موطوءة قبل الطلاق كان الطلاق بعد الدخول وذلك يعقب الرجعة وكانت الرجعة
صحيحة **قال** فان قال لها اذا ولدت فانت طالق ومن علق طلاق امرأته بولادتها فولدت ثم
ولدت ولدا فاما ان يكون بين الولدين ستة اشهر او لا فان كان الثاني فالولادة الثانية لا
يكون دليل الرجعة فيكون الطلاق قد وقع بالولد الاول وانقضت العدة بالولد الثاني وما ثمة
دليل على انه وطيها بعد الولد الاول فلا يثبت به الرجعة وان كان الاول وهو المذكور في الكتاب فهي
رجعة لان الولادة الثانية رجعة ووجه ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله وان كان اكثر
من سنتين للوصل الى ما كان بين الولدين ستة اشهر لا تفاوت بعد ذلك بين ان يكون الولادة الثانية
في اقل من سنتين وبين ان يكون اكثر من ذلك في ثبوت الرجعة لان الولد الثاني مضاف الى علوق حادث
لا محالة وهو بالوطي بعد الطلاق فكان رجعة وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق على ما ذكره في الكتاب
واضح وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه وقع الطلاق عليها بالولد الاول الى آخره وقوله والمطلقة الرجعية
تتشوف وتتزين التشوف خاص في الوجه والتزين عام تفعل من شفت الشيء جلوته ودينار مشوف اى
مجلو وهو ان تجلو المرأة وجهها وتصقل خديها وقوله اذ النكاح قائم بينهما يدل عليه وكذلك جميع احكام
النكاح قائم ولهذا لو قال كل امرأة لي طالق يدخل هذه المطلقة فيه ويقع عليها الطلاق فان قيل لو كان النكاح
قائما لجاز ان يسافر بها كالتي في نكاحه وليس كذلك على ما ذكره اجيب بانه امتنع بالنص وهو قوله تعالى لا تخرجو
هن من بيوتهن فانه نزل في الطلاق الرجعي بدليل قوله تعالى لعل الله يحدث بعد ذلك امرا اى لعله يبدو له
فيراجعها والمسافرة بها اخراج من البيت فيكون منهيا عنها فان قيل لم لا يكون نفس المسافرة دليلا على
الرجعة اجيب بان الاخراج منهي عنه والرجعة مندوب اليها وهما متنافيان وقوله ولان التراخي عمل المبطل
معقول على عدم جواز المسافرة بها قبل الرجعة وتقريره تراخي عمل المبطل وهو الطلاق لحاجة الزوج والحاجة
اليها فلا تراخي اما ان التراخي كذلك فقد علم بما تقدم واما عدم حاجته اليها فلانه اذا لم يراجعها حتى انقضت العدة
ظهر انه لا حاجة له اليها وفيه نظر لان كلامه يدل على ان المسافرة لا تجوز واذا انقضت العدة ولم يراجعها واما اذا

يدل عليه ان التوارث
قائم بينهما ـ صح

سافر بها وهي في العدة فليس فيه دلالة على عدم جواز ذلك والكلام فيه واجيب بانه انما يرد ان لو كان المراد بالمدة
العدة واما اذا اريد بها مدة الاقامة فلا يرد وفيه نظر لان عمل المبطل اخر الى انقضاء العدة بالاجماع دون
مدة الاقامة ولعل الصواب ان عدم جواز المسافرة ايضا يثبت بالتبيين كعمل المبطل واذا ظهر عدم الحاجة تبين
ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا يحتسب الاقراء من العدة ولو كان عمل المبطل مقتصرا على انقضاء العدة
لما احتسب الاقراء الماضية من العدة كما لم يحتسب في قوله اذا حضت فانت طالق فان تلك الحيضة غير
محتسبة من العدة لانه شرط وقوع الطلاق واذا لم يقتصر عمل المبطل على وقت انقضاء العدة بل كان من
وقت وقوع الطلاق كانت المطلقة الرجعية بمنزلة المبتوتة تقديرا حين لم يرد الرجعة كما انه لا يملك اخراج
المبتوتة الى السفر فكذلك لا يملك اخراج المطلقة الرجعية الا ان يشهد على رجعتها فيبطل العدة ويتقرر
ملك الزوج وقوله على ما قدمنا يعني في اوائل الكتاب حيث قال ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين وان
لم يشهد صحت الرجعة والطلاق الرجعي لا يحرم الوطي وقال الشافعي يحرمه لان حل الوطي بالزوجية والزوجية
زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا ان الزوجية قائمة ولهذا يملك مراجعتها من غير رضاها بالاتفاق
ولو كانت زائلة لكانت اجنبية فلم تصح الرجعة بدون رضاها وهذا المقدار كان كافيا في الاستدلال
لكنه استظهر بقوله لان حق الرجعة ثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى اى
ثبوته نظرا له يوجب استبداده به اى بالرجعة بتاويل الرجوع اذ لو لم يكن مستبدا به لما تم النظر
لانه قد لا يرضى المرأة بالرجعة فحق الرجعة يوجب استبداد الزوج بالرجعة واستبداده بذلك
يؤذن بكونه استدامة لا انشاء اذ الدليل الدال على الاستبداد وهو ما ذكرنا من القياس ينافي ان
يكون الرجعة انشاء لان الزوج لا يستبد به فالاستدامة لا يتحقق الا في القائم فكانت الزوجية
قائمة وقوله القاطع جواب عن قوله لوجود القاطع ومعناه ان وجود القاطع لا ينافي قيام الزوجية
لانه اخر عمله الى مدة اجماعا او نظرا له على ما تقدم يعني قوله ثبت للزوج نظرا له فكان كالبيع الذي فيه
الخيار يتاخر عمل البيع في اللزوم الى مدة نظرا لمن له الخيار **فصل فيما تحل به المطلقة**
لما فرغ من بيان ما يتدارك به الطلاق الرجعي ذكر ما يتدارك به غيره من الطلقات في فصل على
حدة واذا كان الطلاق دون الثلث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضائها لان حل المحلية وهو
كونها ادمية ليست من المحرمات باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له
والمعلق بالشرط معدوم قبله ورد بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود دون العدم عند العدم عندنا
والجواب انه معدوم لعدم الاصل اذ العلة لم تصر علة بعد واذا كان حل المحل باقيا جاز نكاحها في العدة
وبعد انقضائها فان قيل هذا تعليل في مقابلة النص قال الله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب
اجله نهى عن العزم على نكاح المعتدة مطلقا والتعليل في مقابلته باطل اجاب بقوله ومنع الغير في

العدة لاشتباه النسب ومعناه ان المراد بالآية منع الغير عن العزم على نكاح المعتدة لان المانع
اشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه اي في تجويز نكاح معتدته اذ الاشتباه انما يكون
عند اختلاف المياه وذلك انما يكون في معتدة الغير واعترض عليه بالصغيرة والايسة
وعدة الوفاة قبل الدخول ومعتدة الصبي والحصة الثانية والثالثة فانه لا اشتباه في هذه
المواضع فلا يجوز التزوج في العدة واجيب بان ذكر بيان الحكمة وحكمة الحكم تراعى في الجنس
لا في كل فرد لا بيان العلة لوجود التخلف فيما ذكر من الصور واقول كما ذكرت اشتباه
النسب مانع عن جواز النكاح في عدة الغير وهذا صادق واما انه يلزم جوازه اذا عدم هذا
المانع فليس بلازم لجواز ان يكون ثمة مانع آخر وهو جهة التعبد وان كان الطلاق ثلثا
في الحرة او ثنتين في الامة لم تحل للزوج الاول حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها
ثم يطلقها او يموت عنها لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمراد
بقوله فان طلقها الطلقة الثالثة عند اكثر اهل التاويل والثنتان في الامة كالثلث في حق الحرة لان
الرق منصف لحل المحلية لكونه نعمة والعقدة الواحدة لا تتجزى فكملت على ما عرف وانما يجب ان يكون
النكاح صحيحا لان الغاية نكاح زوج آخر مطلقا حيث لم يقيد بصحة ولا فساد والمطلق ينصرف
الى الكامل على ما عرف في الاصول والزوجة المطلقة اي الكاملة انما يثبت بنكاح صحيح وانما يشترط
الدخول بها اما باشارة الكتاب على ما ذكره المصنف وهو طريقة بعض المشايخ وهو ان يحمل النكاح
في قوله تعالى حتى تنكح على الوطي حملا للكلام على الافادة دون الاعادة فان العقد استفيد باطلاق اسم
الزوج في قوله زوجا غيره فلو حملنا النكاح على العقد كان ذلك تاكيدا والتاسيس اولى من
التاكيد واما بالحديث المشهور وهو حديث رفاعة بن وهب القرظي طلق امراته في عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي تميمة وقيل عايشة بنت عبد الرحمن بن عتيك فتزوجت عبد الرحمن
الزبير القرظي ثم طلقها فاتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان رفاعة طلقني فبت طلاقي
واني نكحت بعده عبد الرحمن ابن الزبير القرظي وان ما معه مثل الهدبة فقال رسول الله عليه السلام
لعلك تريدين ان ترجعي الى رفاعة لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك وقد روي بروايات
وايات مختلفة في بعضها بلفظ الغيبة كما ذكر في الكتاب وفي بعضها بلفظ الخطاب كما رويته
هو المذكور في كتب الاصول وهو حديث مشهور يجوز الزيادة به على الكتاب وتنسيخ الطلاقه
قد ذكرنا ذلك في التقرير على الوجه الاتم فليطلب ثمة ولا خلاف لاحد في اشتراط الدخول سوى
سعيد بن المسيب وقيل هو قول بشر المريسي وقوله غير معتبر لانه مخالف للحديث المشهور و
لهذا اذا قضى القاضي بهذا بقول سعيد بن المسيب لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لان الانزال

كمال ومبالغة فيه اي في الدخول والكمال قيد لا يثبت الا بدليل ولا دليل عليه بل الدليل يدل على عدمه
لانه ذكر العسيلة وهي تصغير العسل وهي كناية عن اصابة حلاوة الجماع وهي تحصل بالايلاج
وكان التصغير دالا على عدم التشبع بالانزال وما كل يخالفنا فيه اي في اشتراط الايلاج دون
الانزال ويشترط الانزال وهو انما يتحقق من البالغ فلا يكون الصبي المراهق كالبالغ في افادة
التحليل والحجة عليه ما بيناه ان الانزال كمال ومبالغة فيه وهو قيد لا دليل عليه وقوله فسره اي المراهق
في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ الى آخره وهو ظاهر **قال** ووطي المولى لا يحلها
اذا طلق امراته ثنتين وهي امة الغير فوطيها المولى بعد انقضاء العدة لم يحل للزوج الاول لان غاية
الحرمة نكاح الزوج والمولى لا يسمى زوجا قال في شرح الاقطع روي ان عثمان سئل عن ذلك وعنده
علي وزيد بن ثابت فرخص في ذلك عثمان وزيد وقالا هو زوج فقام علي مغضبا كارها لما
قالا وقال ليس بزوج ولو تزوجها بشرط التحليل بان قال تزوجتك على ان احللك وقالت المراة
ذلك فالنكاح مكروه لقوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له فان محمله اشتراط التحليل في العقد
كما ذكرنا اذ لو اضمر ذلك في قلبه لم يستحق اللعن وقيل معنى قوله هو محمل الكراهة محمل الحديث
لا فساده فان طلقها يعني الذي شرط التحليل بعدما وطيها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح صحيح
اذ النكاح لا يبطل بالشروط وعن ابي يوسف انه يفسد النكاح لانه في معنى الموقت كانه قال تزو
جتك الى وقت كذا ولا يحلها على الزوج الاول لفساده فان من شروط التحليل صحة النكاح كما
تقدم وعن محمد انه يصح النكاح لما بينا ان النكاح لا يبطل بالشرط ولا يحلها على الاول لانه استعجل
ما اخره الشرع لان النكاح عقد العمر فيقتضي الحل للاول بعد موت الثاني وشرط التحليل
يصير مستعجلا للحل فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث وذكر في روضة الزندويستي
ان ابا حنيفة قال النكاح جايز والشرط حتى اذا لم يطلقها الثاني بعد وطيها اباها يجبره القاضي على
ذلك ويحل للزوج الاول اذا طلقها الثاني برايه او بامر القاضي اياه قال الحاكم ظهير الدين هذا شيء
لم يوجد في غيره من الكتب واذا طلق امراته الحرة تطليقة او تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت
بزوج آخر ثم عادت الى الزوج الاول عادت بثلث تطليقات ويهدم الزوج الثاني الطلاق كما يهدم
الثلث يعني انه يحلها لكن لها في من الملك الاول كان لم يكن ولا يحرم الحرمة الغليظة الا اذا طلقها ثلثا جمعا
او فرادى عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو مذهب ابن مسعود وابن عباس وابن عمر وقال محمد وزفر و
الشافعي لا يهدم وسقي الزوج حالها كما بقي من الاول وتحرم الحرمة الغليظة اذا انتهى ذلك وهو قول عمر
وعلي وابي بن كعب وعمران بن حصين وابي هريرة فاخذ الشبان بقول المشايخ من الصحابة والمشايخ
من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة استدل محمد بان الزوج الثاني غاية للحرمة بالنص قال الله تعالى

فان طلقها فلا يحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره على ما تقدم وكل ما كان غاية للحرمة فهو منه لقوله عليه السلام
لعن الله المحلل والمحلل له ووجه الاستدلال انا اهل الحديث اوردناه في باب ما جاء في الزوج الثاني و
كان المراد بالمحلل الزوج الثاني وسماه محللا وهو المستحل ثم الحل الذي يثبت به اما ان يكون الحل السابق
او حلا جديدا لا سبيل الى الاول لاستلزامه تحصيل فتعين الثاني وبالضرورة يكون غير الاول
والاول حل ناقص فكان الجديد كاملا وهو ما يكون بالطلقات الثلث فان قيل سلمنا ان المحلل هو
المستحل وان يكون ذلك حلا جديدا لكنه يقتضي ان يكون ذكره في المطلقة ثلاثا لامرين احدهما ما ذ
كره المصنف ان محله هو شرط التحليل وذلك لا يكون الا في المطلقة ثلثا والثاني ان الحل قبل ذلك ثابت فيصير
الى ما ليس فيه ثابت عملا بالحقيقة فالجواب انا قد ذكرنا القول وهو محمله معنيان احدهما ما ذكرتم و
ليس بمرضي والثاني ان محله الكراهة لا الفساد وحينئذ يندفع الامر الاول وان الحل وان كان قبل
ذلك ثابتا لكن اطلاق المحلل يقتضي ان يكون الزوج الثاني على الاطلاق محللا فصرفه الى بعض الصور
تقييد بلا دليل وما ثابت به غير الثابت قبله على ما ذكره فكانت المطلقة ثلثا وغيرها سواء به
يندفع الامر الثاني واذا طلقها ثلثا فقالت قد انقضت عدتي على ما ذكره في الكتاب ظاهر وقوله
واختلفوا في ادنى هذه المدة قال ابو حنيفة لا تصدق في اقل من ستين يوما وقال ابو يوسف ومحمد
تصدق في تسعة وثلثين وتخريج قولهما انه يجعل كانه طلقها في آخر جزء من اجزاء الطهر وحيضها
اقل الحيض ثلثة وطهرها اقل الطهر خمسة عشر يوما فالثلثة اذا كانت ثلث مرات كانت تسعة و
الطهران ثلثون يوما لانها امينة اخبرت بما هو محتمل فوجب قبولها واما تخريج قول ابي حنيفة فيجعل
كانه طلقها في اول الطهر تحرزا عن ايقاع الطلاق في الطهر بعد الجماع وطهرها خمسة عشر يوما لانه
لا غاية لاكثر الطهر فقدرناه باقله وحيضها خمسة لان من النادر ان يكون حيضها اقل الحيض او
يمتد الى اكثر الحيض فيعتبر الوسط من ذلك وهو خمسة فثلثة اطهار كل طهر خمسة عشر يكون خمسة
واربعين فثلث حيض كل حيض خمسة يكون خمسة عشر فذلك ستون يوما وهذا على ما ذكره محمد
واما على رواية الحسن فيجعل كانه طلقها في اخر الطهر لان التحرز عن تطويل العدة واجب كايقاع الطلاق
في آخر الطهر اقرب الى التحرز عن تطويل العدة ثم حيضها عشرة لانا لما قدرنا طهرها باقل المدة نظرا لها
يقدر حيضها باكثر المدة نظرا للزوج فثلث حيض كل حيضة عشرة ثلثون وطهران كل طهر خمسة عشر
وذلك ستون يوما وقوله وسنبينها في باب العدة قال في النهاية وفيه هذه الحوالة حوالة غير رائجة
لانه لم يذكرها في باب العدة ولا في غيره ورد من حيث اللفظ والمعنى اما اللفظ فلان مثل هذا يسمى وعدا
لا حوالة فكان ينبغي ان يقول وعد غير منجز واما المعنى فلانه لم يقل في باب العدة من هذا الكتاب فيجوز ان يكون
وعده منجزا في باب العدة من كتاب آخر وافق الاول ظاهر والثاني خلاف الظاهر

باب الايلاء

قال في النهاية ذكر في الاصل في اول كتاب الطلاق منه التحريمات التي تتعلق من الزوج بحكم ملك النكاح اربعة انواع
الطلاق والايلاء واللعان والظهار ثم قال فنبدأ بالطلاق لانه الاصل والمباح للزوج في وقته ثم ادنى درجة
منه في الاباحة الايلاء لانه يمين من حيث انه يمين مشروع ولكن فيه معنى الظلم على ما يجيء فكان ادنى درجة
منه في الاباحة وهو في اللغة عبارة عن اليمين يقال آلى يولي ايلاء اذا حلف وفي الشريعة عبارة عن منع النفس
عن قربان المنكوحة اربعة اشهر فصاعدا منعا مؤكدا باليمين ومناسبته بباب الطلاق الرجعي وهو عدم الموافقة
وهما متشابهان في ان الابانة فيهما موقتة الى وقت لكن من الناس من يختار الطلاق الرجعي لان التدارك فيه لا
تستعقب مكروها ومنهم من يختار الايلاء لما ان التدارك فيه غير متضمن نقصان عدد الطلاق بخلاف الطلاق
الرجعي وشرطه ان يكون صادرا من اهل الطلاق عند ابي حنيفة او من اهل وجوب الكفارة عندهما في منكوحته
في مدة اربعة اشهر فصاعدا وركنه ان يقول والله لا اقربك اربعة اشهر ونحوها ويقول ان قربتك فعبدي
حر وامثاله وحكمه لزوم الكفارة بالقربان في الاول ولزوم الجزاء في الثاني ووقوع تطليقة بائنة اذا مضت مدة
الايلاء فهو يمين يترتب على الحنث والبر فيه شيء وعن هذا قيل المولى هو من لا يخلو عن احد المكروهين قال
قال الرجل لامرأته والله لا اقربك او قال والله لا اقربك اربعة اشهر فهو مول لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم
تربص اربعة اشهر الآية فان وطئها في الاربعة الاشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحنث
وقال الشافعي لا يلزمه الكفارة لان الله تعالى قال فان فاؤا فان الله غفور رحيم وعد المغفرة والمغفور لا يجب عليه
عقوبة قلنا وعد المغفرة في الآخرة وذلك لا ينافي وجوب الكفارة في الدنيا وسقط الايلاء معنى انه لو مضت
اربعة اشهر لا يقع الطلاق لان اليمين ترتفع بالحنث وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقة
لان معنى الايلاء عندنا ان مضت اربعة اشهر ولم اجامعك فانت طالق تطليقة بائنة وعند الشافعي لا يقع الفرقة
بمضي المدة ولكنه توقف بعد المدة على ان يفيء اليها او يفارقها فان ابى ان يفعل يفرق القاضي بينهما وكان بالتفريق
تطليقة بائنة لانه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة ولنا انه ظلمها بمنع
حقها وهو الوطء في المدة فجزاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة تخليصا لها عن ضرر التعليق
ولا يحصل التخليص بالرجعي فوقع بائنا وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلثة وزيد بن ثابت وهم
عند الفقهاء عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وعند المحدثين اربعة ابن عمر وابن
عباس وابن الزبير وابن عمرو ولم يذكروا فيهم عبد الله بن مسعود واعترض بان الزوج انما يكون ظالما
بمنع حقها اذا لم يكن وطئها مرة واما اذا وطئها فقد سقط حقها واجيب بان حقها سقط بالجماع
مرة واحدة في القضاء واما في الديانة فلم يسقط فكان الجزاء زوال النعمة بوقوع الطلاق
لمنعه حقها ديانة وفيه نظر لانه يستلزم ان لا يحكم القاضي بوقوعه لانه ليس بظالم عنده بعد
الدخول وليس كذلك لان الايلاء كان طلاقا في الجاهلية على الفور بحيث لا يقربها الشخص بعد

لذلك صدقت في تسعة وثلثين يوما صح

الايلاء ابن الهمام الشرح بتأجيله الى انقضاء المدة فلم ينصرف فيه الا بالتأجيل فلا يتوقف على تطليقه او تفريق
القاضي وقوله فان كان حلف يعني اذا مضت اربعة اشهر ولم يقربها فلا يخلو اما ان كان حلف على اربعة
اشهر او على الابد فان كان الاول فقط سقط اليمين لانها كانت موقتة بها وان كان الثاني فاليمين باقية لانه
يمين ولم يوجد الحنث لترتفع به الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج وهو استثناء من قوله فاليمين باقية لانه لم يوجد مطلب م
منع الحق بعد البينونة اذ لا حق لها في الجماع بعدها وهذا اختيار عامة المشايخ وكان الفقيه ابو سهل الفرائضي
يقول يتكرر الطلاق بتكرر المدة يعني اذا مضت مدة الايلاء قبل انقضاء عدتها لان الايلاء في حق الطلاق بمنزلة
شرط متكرر كانه قال كلما مضت اربعة اشهر ولم اقربك فيها فانت طالق بائن الا يرى انه لو لم يقربها حتى
بانت ثم تزوجها ولم يقربها اربعة اشهر بانت فعلم انه بمنزلة شرط متكرر والاصح قول العامة لما
ذكر في الكتاب فان عاد فتزوجها بعد البينونة بمضي اربعة اشهر بعد انقضاء عدتها عاد الايلاء فان وطئها
في المدة والا وقعت تطليقة اخرى بمضي اربعة اشهر اخرى لان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج
حدث حقها فيتحقق الظلم فيزال بالطلاق البائن وقوله ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج قيل
هو احتراز عما اذا تزوجها قبل انقضاء العدة فان ذلك الايلاء يعتبر من وقت الطلاق لا من وقت التزوج
كذا ذكره التمرتاشي فان تزوجها ثانيا وفي بعض النسخ ثالثا ولكل وجه اما الاول فبالنظر الى التزوج بعد الايلاء واما الثاني فبالنظر الى الزوج ح الى التزوج
الايلاء والثاني اظهر عاد الايلاء ووقعت بمضي اربعة اشهر اخرى تطليقة اخرى ان لم يقربها لما بينا ان اليمين
باقية لاطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق
وان وطئها كفر عن يمينه اما عدم وقوع الطلاق فلتقيده بطلاق هذا الملك لما ذكرنا انه بمنزلة التعليق
بعدم القربان وتعليق الطلاق يختص بطلاق ذلك الملك الذي حصل فيه التعليق وهي فرع مسألة التنجيز
الخلافية فانه يبطل التعليق عندنا خلافا لزفر وقد مر من قبل اي في باب الايمان في الطلاق قال في المبسوط
واذا آلى الرجل امراته لا يقربها ثم طلقها ثلاثا بطل الايلاء عندنا خلافا لزفر لان الايلاء طلاق مؤجل فانما
ينعقد على التطليقات المملوكة ولم يبق شيء منها بعد وقوع الثلاث عليها وكذلك لو كانت بالايلاء ثلث مرات
ثم تزوجها بعد زوج آخر لم يكن موليا الا عند زفر واما الكفارة عند الوطي فلبقاء اليمين لاطلاقها
ووجود الحنث قال فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا فان حلف على اقل من اربعة
اشهر مثل ان يقول والله لا اقربك شهرا وهو وضع المبسوط او قال لا اقربك شهرين او ثلثة اشهر لم
يكن موليا وقال ابن ابي ليلى هو مول ان ترك وطئها اربعة اشهر بانت بتطليقة وهكذا كان يقول ابو حنيفة
اولا فلما بلغه فتوى ابن عباس لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر رجع عن قوله فان قيل فتوى ابن عباس
مخالف لظاهر النص لان الله تعالى قال للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر اطلق الايلاء وقيد بعد
بمدة وذلك يقتضي ان من آلى من امراته ولو مدة يسيرة كيوم او ساعة يلزمه تربص اربعة اشهر فالتقييد

بمدة يكون زيادة على النص وهي لا تجوز بفتوى ابن عباس فكيف رجع ابو حنيفة عن قوله فالجواب
ان فتوى ابن عباس وقع في المقدرات والراي لا مدخل له في المقدرات الشرعية فكان مسموعا
ولم يرو عن احد خلافه فيجعل تفسيرا للنص لا تغييرا وتقديره والله اعلم للذين يؤلون من
نسائهم اربعة اشهر تربص اربعة اشهر فترك الاولى لدلالة الثاني فكان من باب الاكتفاء وقوله
ولان الامتناع عن قربانها دليل معقول على وضع المبسوط كما ذكرنا في مطلع هذا البحث و
تقريره الامتناع عن قربانها اي عن قربان من الحلف منها زوجها شهرا في اكثر المدة وهو ثلثة اشهر
حاصل بلا مانع لانه ليس فيه يمين وبمثله اي بمثل هذا الحلف المنعقد على شهر لا يثبت الطلاق بمضي
اربعة اشهر لخلو الزائد عن اليمين فكان كمن لم يقربها اربعة اشهر او اكثر بلا يمين فانه بمضي
اربعة اشهر لا يقع شيء والضمير في فيه قيل هو راجع الى الامتناع وقيل الى الحلف المفهوم من قوله
وبمثله ويجوز ان يكون راجعا الى اكثر المدة ولو قال المصنف ولان الامتناع عن قربانها في
بعض المدة بدل في اكثر المدة كان اشمل لما تناوله وضع المبسوط وغيره ولو قال لها والله
لا اقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول لانه جمع بينهما بحرف الجمع
وهو الواو فصار كالجمع بلفظ الجمع كانه قال والله لا اقربك اربعة اشهر فيكون يمينا واحدة
حيث لم يفرد المدة الثانية بنفي على حدة فلو قربها في المدة لزمه كفارة واحدة ولو مكث يوما
شهرين بعد ح او ساعة ثم قال والله لا اقربك الشهرين الاولين لم يكن موليا لان الثاني ايجاب مبتدا والاصل
في ذلك انه اذا لم يعد اسم الله تعالى في المعطوف ولا حرف النفي ولم يمكث بينهما ساعة دخل حكم
المعطوف في حكم المعطوف عليه كما في المسألة الاولى واما اذا فات احد الامور المذكورة فقد كان ايجابا عليه
مبتدا وفي هذه المسألة الثانية لا يكون موليا لفوات الامور الثلثة لوجود المكث يوما واعادة
اسم الله وحرف النفي فقد صار ممنوعا بعد اليمين الاولى شهرين وبعد الثانية مضافا الى الاول
بقوله بعد الشهرين الاولين اربعة الا يوما مكث فيه فلم يتكامل مدة المنع فلا يكون موليا
ويكون كلامه يمينين مستقلين يلزمه بالقربان كفارتان ولو قال والله لا اقربك شهرين
ولا شهرين لا يصير موليا لانه باعادة حرف النفي صار ايجابا آخر وصار اجلين وتداخلا
كما لو قال والله لا اكلم فلانا يوما ولا يومين ان اليمين ينقضي بيومين لانه اعاد كلمة النفي
فصار الثاني منفردا عن الاول فتداخل وقتهما بعد الانفراد لان الوقت الواحد يصلح وقتا
لايمان كثيرة فان من قال والله لا اكلم فلانا شهرا ولا ادخل هذه الدار شهرا ولا اكل هذا
الطعام شهرا فمضى شهر واحد تنتهي الايمان كلها فكذلك هاهنا اذا مضى شهران فقد مضت
مدة كل واحدة من اليمين فيمكنه قربان امراته في مدة الايلاء بغير شيء يلزمه فلا يصير موليا

بخلاف المسئلة الاولى فانه لما لم يفرد مدة الثانية بنفي على حدة كان الكل مدة واحدة فكان موليا
ولو قال والله لا اقربك سنة الا يوما لم يكن موليا خلافا لزفر هو يصرف الاستثناء الى اخرها كما
لو قال اجرت داري هذه سنة الا يوما فيتصرف المنع ولنا ان المولي من لا يمكنه القربان
اربعة اشهر الا بشيء وهذا يصادق على من نحن فيه لانه يمكنه القربان اذ المستثنى يوم منكر
فامن يوم يمر عليه بعد يمينه الا ويمكنه ان يجعله اليوم المستثنى فيقربها فيه من غير شيء
يلزمه ولا يجوز صرفه الى اخر السنة لانه معين فكان تغييرا للكلام من المنكر الى المعين بغير حاجة
لان الجهالة لا يمنع انعقاد اليمين بخلاف الاجارة فان الحاجة ماسة الى الصرف الى اخر السنة لتصحيح
اي لتصحيح عقد الاجارة فانه لا يصح مع التنكير للجهالة ولو قربها في يوم والباقي اربعة اشهر
او اكثر صار موليا لسقوط الاستثناء ولو قال وهو في البصرة والله لا ادخل الكوفة وامرأته بها لا يكون
موليا لانه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالاخراج من الكوفة ولا بن كل من له اربع نسوة و
قال والله لا اقربكن فانه يصير موليا منهن ان لم يقربهن جميعا اربعة اشهر عندنا خلافا لزفر
مع ان له ان يطأ كل واحدة منهن الى ان يأتي على الثلث من غير شيء يلزمه لما ان الحنث لا يتعلق
باجزاء المحلوف قيل ان يأتي الكل كما لو حلف لا يدخل هذه الادور الاربع له ان يدخل كل واحدة
منها من غير حنث ما لم يدخل الكل ثم لما كان في مسئلة الحلف على اربع نسوة بنفي القربان موليا في
الحال في حق كل واحدة منهن علم ان امكان القربان من غير شيء يلزمه لا يمنع صحة الايلاء لانه انما
صار موليا مع امكان القربان على الوجه المذكور لان الحالف ظالم في حق كل واحدة منهن بمنع حقها
في الجماع كما لو عقد يمينه على كل واحدة منهن على الانفراد الا انه لا يلزمه الكفارة بقربان بعضهن
لان الكفارة موجب الحنث فلا يجب ما لم يتم شرط ولكن عند تمام الشرط لا يكون وجوب الكفارة
بقربان الاخرة فقط بل بقربانهن جميعا واما وقوع الطلاق في الايلاء فباعتبار البر وذلك
يتحقق في كل واحدة منهن فلهذا برئ بمضي المدة كذا في النهاية قال ولو حلف بحج او بصوم
لما فرغ من اليمين بالله في الايلاء شرع في بيان اليمين بغير الله فيه بذكر الشرط والجزاء بان
تعلق قربانها بحج او صوم او صدقة او طلاق او عتق فانه يصير موليا لتحقق المنع باليمين بذكر الشرط
والجزاء وكلامه واضح وقوله البيع موهوم يعني لان الاصل عدم ما يحدث فلا يمنع المانعية في الحال
في الايلاء ولكن ان باع العبد سقط الايلاء عنه لانه صار بحال يمكنه قربانها من غير ان يلزمه شيء
فان اشتراه لزمه الايلاء من وقت الشراء لانه صار بحال لا يمكنه قربانها الا بعتق يلزمه ولو كان
جامعها بعدما باعه ثم اشتراه لم يكن موليا لان اليمين قد سقطت لوجود شرط الحنث بلا منع
العبد وان مات العبد قبل ان يبيعه سقط الايلاء لانه يتمكن من قربانها بعد موته من غير ان يلزمه

شيء

آخره

٧١

شيء وقوله وان آلى من المطلقة الرجعية ظاهر واعترض بان الايلاء جزاء الظلم بمنع حقها
في الجماع والمطلقة الرجعية ليس لها حق في الجماع لا قضاء ولا ديانة ولهذا لم يكن لها ولاية
المطالبة بذلك حتى كان المستحب للزوج ان يراجعها بدون الجماع فلا يكون الزوج ظالما فينبغي
ان لا يترتب عليه جزاء الظلم الذي هو الايلاء واجاب العلامة شمس الدين الكردري بان الحكم
في المنصوص مضاف الى النص لا الى المعنى والمطلقة الرجعية من نسائنا بالنص وهو قوله تعالى
وبعولتهن احق بردهن والبعل هو الزوج وكانت المرأة من نسائه وكان الحكم المرتب على نساء
الازواج بقوله للذين يؤلون من نسائهم مرتبا على المطلقة الرجعية ولو قال لاجنبية والله
لا اقربك او انت علي كظهر امي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا لان الكلام في مخرجه وقع
باطلا لانعدام المحلية اذ المحل نساؤنا بالنص فكان كبيع الميتة فيكون باطلا فلا ينقلب
بعد ذلك صحيحا فان قربها كفر لتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة في حقه اي في حق الحنث
لان اليمين يعتمد تصور الفعل المحلوف عليه حسا ولا يعتمد حله وحرمته الا يرى انه لو قال
والله لا اشربن الخمر في هذا اليوم فمضى اليوم ولم يشرب حنث وان كان الفعل حراما محضا
ومدة ايلاء الامة شهران وقال الشافعي مدة ايلائها كمدة ايلاء الحرة لانها مدة ضربت
لاظهار الظلم بمنع الحق في الجماع والحرة والامة في ذلك سواء ولنا ان هذه مدة ضربت اجلا للبينونة
فيتنصف بالرق كمدة العدة وقوله وان كان المولي مريضا هذه المسئلة على ثلثة اوجه احدها
انه آلى وهو صحيح وبقي بعد ايلائه صحيحا مقدار ان يستطيع فيه ان يجامعها ثم مرض بعد
ذلك وفيئه بالجماع عندنا خلافا لزفر لان المعتبر اخر المدة وهو عاجز عنده فكان
كواجد الماء في اول الوقت فلم يتوضأ حتى عدم الماء جاز له التيمم وقلنا لما تمكن من جماعها
فقد تحقق منه الظلم بمنع حقها في الجماع فلا يكون رجوعه الا بايفاء حقها في الجماع والثاني انه
آلى وهو مريض وتم اربعة اشهر وهو مريض وفيئه ان يقول بلسانه فئت اليها فان قال ذلك
سقط الايلاء عندنا وقال الشافعي لا فيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي لانه لو كان فيئا
لكان حنثا لان الفيء يستلزم حكمين وجوب الكفارة وانتفاء الفرقة ثم الفيء باللسان لا يعتبر
في احد الحكمين وهو الكفارة فكذلك في الاخر ولنا انه اذاها بذكر المنع لان الزوج اذا كان عاجزا
عن الجماع حال الايلاء لم يكن قصده الاضرار بمنع حقها في الجماع اذ لا حق لها فيه وانما
قصده الايحاش باللسان ومثل ذلك ظلم يرتفع باللسان واذا ارضاها باللسان ارتفع الظلم
لان التوبة بحسب الجناية فلا يجازى بالطلاق ولا يلزم من كونه فيئا على هذا الوجه ان يجب الكفارة لانها
جزاء الحنث والحنث لا يتحقق بالفيء باللسان فان قيل اذا كان المولي مريضا وقت الايلاء وجب

ان لا يتحقق الايلاء لعدم الظلم بمنع حقها اذ ليس لها حق في الجماع اذ ذاك فالجواب بما نقلناه عن العلامة
شمس الائمة الكردري و قد ذكره شمس الائمة السرخسي في اول كتاب البيوع والثالث انه الى وهو مريض فقدر
على الجماع في المدة و فيئه بالجماع سواء كان فاء اليها في مرضه بالقول او لم يفئ اما اذا لم يفئ فظاهر وكذا
اذا فاء لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف و لقائل ان يقول المولى اذا كان مريضا حال الايلاء لا
نسلم ان الاصل في فيئه الجماع كما ذكرنا انفا لانه آذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها بالوعد باللسان والجواب
ان المرض قد يطول و قد يقصر فعلى تقدير انه يقصر عن مدة الايلاء و يقدر على الجماع صار ظالما لمنعه حقها
في الجماع و تبين ان قصده في الابتداء لم يكن الا المنع لحقها بالجماع والاصل في الفيء حينئذ الجماع ولكن في ارادة
الحلف بعض تسامح على فهود كلامه فتامل واذا قال لامراته انت علي حرام سئل عن نيته لانه يحتمل وجوها
لا يمتاز بعضها عن بعض الا بالارادة فان قال اردت الكذب فهو كما قال لانه نوى حقيقة كلامه ولا يكون ايلاء ولا
ظهارا لانه نوى حقيقة كلامه لان المراة كانت حلالا له فقوله انت حرام خبر ليس بمطابق للواقع فيكون كذبا
وفيه نظر لان الكذب اذا كان حقيقة كلامه وجب ان يصرف اليه ولا يصرف الى غيره الا بقرينة او بنية لان
الحقيقة لا تحتاج الى شيء من ذلك و قيل لا يصدق في القضاء ذكر الطحاوي والكرخي في مختصريهما ان القاضي
لا يصدقه في ابطال الايلاء لانه يمين ظاهر لكونه تحريم الحلال كما نذكره ولو قال اردت الطلاق فان لم ينو شيئا
من العدد او نوى واحدة او ثنتين فهي واحدة باينة وان نوى الثلث فثلث لانه من الكنايات و قد تقدم
البحث فيها وان قال اردت الظهار فهو ظهار في قول ابي حنيفة وابي يوسف و قال محمد ليس بظهار نقله شمس
الائمة السرخسي عن النوادر لمحمد ان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وهو الركن فيه ولا تشبيه ههنا
فلا يكون ظهارا ولهما انه اطلق الحرمة وهي تحتمل انواعا والظهار نوع منها فيكون من محتملات مطلق الحرمة
ومن نوى محتمل كلامه صدق وان قال اردت التحريم او لم ارد شيئا فهو يمين يصير به موليا فان قربها
كفر وان لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بالايلاء اما اذا اراد التحريم فلان الاصل في تحريم الحلال
انما هو اليمين عندنا لقوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم واما اذا قال
لم يرد شيئا فلان الحرمة الثابتة باليمين ادنى الحرمات لان في الايلاء الوطي حلال قبل الكفارة وفي الظهار ليس كذلك
ولان الحرمة في الايلاء لا يثبت في الحال ما لم تنقض اربعة اشهر و في الظهار يثبت في الحال واذا اريد به الطلاق
وقع باينا ويحرم الوطي والايلاء لا يحرم الوطي فلما كانت حرمة اليمين ادنى الحرمات تعينت لتيقنها و
سيجيء الكلام فيه في الايمان ان شاء الله تعالى ومن مشايخنا من صرف لفظ التحريم الى الطلاق بدون النية
قال ابو بكر الاسكاف وابو جعفر الهندواني وابو بكر سعيد قال الفقيه ابو الليث و به ناخذ لان العادة
جرت فيما بين الناس في زماننا انهم يريدون بهذا اللفظ الطلاق والله اعلم

باب الخلع

اخر الخلع عن الايلاء لمعنيين احدهما ان الايلاء لتجرده عن المال كان اقرب الى الطلاق بخلاف الخلع فان فيه

مطلب

مع

٧٢

معنى المعاوضة من جانب المراة والثاني ان مبنى الايلاء النشوز من قبل الزوج والخلع النشوز من قبل المراة
غالبا فقدم باب الرجل على باب المراة والخلع بالضم اسم من قولهم خالعت المراة زوجها واختلعت منه
بمالها وهو في الشريعة عبارة عن اخذ مال من المراة بازاء ملك النكاح بلفظ الخلع وشرطه شرط الطلاق و
حكمه وقوع الطلاق البائن وحقيقته انه من جانب المراة معاوضة على قول ابي حنيفة رحمه الله و يمين من الجانبين
عندهما على ما سياتي بيان ثمرة الخلاف واذا تشاق الزوجان اي تخاصما وصار كل منهما في شق اي جانب فخافا
ان لا يقيما حدود الله اي ما يلزمهما من حقوق الزوجية فلا باس بان تفتدي المراة نفسها منه بمال لقوله تعالى
فلا جناح عليهما فيما افتدت به اي فلا جناح على الرجل فيما اخذ ولا على المراة فيما اعطت سمي الله تعالى ما اعطته فداء
من فداه من الاسر اذا استنقذه لما ان النساء عوان عند الازواج بالحديث فكان المال الذي يعطى في تخليصهن
فداء فاذا فعلا ذلك وقع طلاق باين ولزمها المال لقوله عليه السلام الخلع تطليقة باينة روي ذلك عن عمر و
علي وابن مسعود رضي الله عنهم موقوفا عليهم ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه يحتمل الطلاق
حتى صار من الكنايات فاذا قال خالعتك ولم يذكر العوض و نوى بها الطلاق وقع والواقع بالكناية باين
فان قيل لو صار من الكنايات لكانت النية شرطا وليست بشرط اجيب بقوله لان ذكر المال اغنى عن النية
ههنا وقد قيل في بيانه ان الخلع يحتمل الانخلاع عن اللباس او عن الخيرات او عن النكاح فلما ذكر العوض
تعين الانخلاع عن النكاح فلا يحتاج الى النية ولانها لا تسلم المال الا ليسلم لها نفسها وذلك بالبينونة و
قوله وان كان النشوز من قبله يقال نشزت المراة على زوجها فهي ناشزة اذا استعصت عليه وابغضته
وعن الزجاج النشوز يكون من الزوجين وهو كراهة كل واحد منهما صاحبه يكره له ان ياخذ منها عوضا
لقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احديهن قنطارا فلا تاخذوا منه شيئا اتاخذونه
بهتانا واثما مبينا فان قيل النهي ورد عن فعل حسي وهو الاخذ ومثله يقتضي عدم المشروعية ثم هو
مؤكد بتوكيد هي قوله اتاخذونه بهتانا واثما مبينا وكيف تاخذونه وقد افضى بعضكم الى بعض واخذن
منكم ميثاقا غليظا فكيف افاد الجواز مع الكراهة اجيب بان النهي وان ورد عن فعل حسي ولكنه لمعنى في غيره
وهو زيادة الايحاش فلا يعدم المشروعية في نفسه كما في قوله صلى الله عليه وسلم لا تتخذوا الدواب كراسي والى هذا
اشار بدليل الثاني وهو قوله ولانه اوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها باخذ المال وان كان النشوز
منها كرهنا له ان ياخذ منها اكثر مما اعطاها وفي الجامع الصغير طاب الفضل ايضا الطلاق ما تلوناه بدءا اي
اولا بعمومه تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به فانه لا يفصل بين الفضل وغيره و وجه الرواية الاخرى
اي رواية القدوري وهو رواية كتاب الطلاق في الاصل قوله صلى الله عليه وسلم في امراة ثابت بن قيس بن شماس
اما الزيادة فلا وقضيتها ما روي ان جميلة بنت سلول كانت تحت ثابت بن قيس فجاءت الى رسول الله عليه السلام
فقالت لا اعيب على ثابت بن قيس في دين ولا خلق ولكني اخشى الكفر في الاسلام لشدة بغضي اياه فقال اتردين

اليه حديقته فقالت نعم وزيادة فقال صلى الله عليه وسلم اما الزيادة فلا وكان النشوز منها بما روينا من
الحديث فكان قوله اما الزيادة فلا نفي اباحة اخذ الفضل على ما نذكره واذا انتفى الاباحة كان مكروها
ولو اخذ الزيادة جاز في القضاء وكذلك اذا اخذ والنشوز منه لان مقتضى ما تلونا من قوله تعالى فلا جناح
عليهما فيما افتدت به شيئان الجواز حكما اي جواز اخذ الزيادة في القضاء والاباحة اي اباحة اخذ الزيادة
هكذا فسر الشارحون كلام المصنف وفرقوا بين العبارتين فان كل مباح جائز دون العكس لان
الجواز ضد الحرمة والاباحة ضد الكراهة فاذا انتفى الجواز ثبت ضده وهو الحرمة فينتفي الاباحة
ايضا واذا انتفى الاباحة ثبت ضده وهو الكراهة ولا ينتفي به الجواز لجواز اجتماع الجواز مع الكراهة
وقد ترك بعض ما تلونا في حق الاباحة لمعارض وهو قوله صلى الله عليه وسلم اما الزيادة فلا لكونه نهيا لمعنى في
غيره وهو زيادة الايحاش كما تقدم وهو لا يعدم المشروعية فبقي معمولا في الباقي وهو الجواز وفيه بحث من
وجهين احدهما ان النهي انما ورد في الحديث عن الرد وكلامنا في كراهة الاخذ فليس الحديث متصلا بمحل
النزاع والثاني ان الحديث خبر واحد وهو لا يعارض الكتاب في الجواب عن الاول ان الرد اذا كان غير مباح
وهي ناشزة هو اولى ان لا يكون مباحا فكان متصلا بمحل النزاع من هذا الوجه وعن الثاني بان المعارض
للكتاب بالخبر وهو نص قوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج الى قوله فلا تاخذوا منه
شيئا والكتابان يجوزان يعارض الكتاب واذا عورض الكتاب بالكتاب جاز بعده ان يعارض بالخبر فكان
الحديث معارضا للكتاب بعد معارضة الكتاب بالكتاب فكانت جائزة وان طلقها على مال مثل ان قال
انت طالق بالف درهم او على الف درهم فقبلت وقع الطلاق ولزم المال لان هذا تصرف في معاوضة بعقد
اهلية المتعاوضين وصلاحية المحل والكل حاصل اما اهلية الزوج فلانه يستبد بالطلاق تنجيزا او
تعليقا لا محالة وقد علقه بقبولها بدلالة مقام المعاوضة فان حكمها يتعلق في بالقبول واما اهلية المرأة
فلانها تملك التزام المال لولايتها على نفسها واما صلاحية المحل فلان ملك النكاح مما يجوز الاعتياض
عنه وان لم يكن مالا كالقصاص فانه ليس بمال وجاز اخذ العوض عنه والجامع وجود الالتزام من
اهله كذا في بعض الشروح واذا وقع الطلاق كان باينا لما بينا انها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها ولانه
معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج احد البدلين فتملك الزوجة البدل الاخر وهو النفس تحقيقا للمساواة
قال وان بطل العوض في الخلع اي اذا خلع المسلم امراته على خمر او خنزير او ميتة فلا شيء للزوج
لبطلان العوض المسمى والفرقة باينة وان طلقها على ذلك وهي مدخول بها ولم يكن الطلاق فالواقع الطلقة
الثالثة فلا شيء له والطلاق رجعي اما الاشتراك في وقوع الطلاق فلانه علقها بقبولها ما سمى وقد قبلت في
اما الافتراق بينهما بالبينونة والرجعة فلانه لما بطل العوض كان في الاول لفظ الخلع وهو كناية كما تقدم
والواقع بها باين اذا لم يكن من الالفاظ الثلثة وهذه اللفظة ليست منها وفي الثاني الصريح وهو يعقب

الرجعة

الرجعة واما عدم وجوب الشيء عليها للزوج فلانها لما سمت مالا متقوما ليصير غارّة له ولانه لا وجه لالزام
المسمى لامتناع المسلم عن تسليمه وتسلمه ولا الى الزام غيره لعدم الالتزام به بخلاف ما اذا خالع على خل
بعينه فظهر خمرا فانه عليها رد المهر الذي اخذته عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما كيل مثل ذلك من
خل وسط وهذا او الصداق سواء لانها سمت مالا وغرته بذلك فكانت ضامنة له لان التغرير في ضمن
العقد يوجب الضمان فان قيل ما الفرق بين هذا وبين ما اذا كاتب او اعتق عبده على خمر حيث يكون الكتابة
فاسدة وان اداها عتق وعلى العبد قيمته اجاب بقوله وبخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر حيث تجب
قيمة العبد لان ملك المولى فيه اي في العبد متقوم حتى لو غصب وجب القيمة على الغاصب وما رضي بزواله
مجانا فلما لم نقدر على تسليم البدل لعدم تقومه لزم قيمة المبدل وهو الرقبة المتقومة ما ملك البضع في حالة
الخروج فغير متقوم على ما نذكر بعيد هذا بقوله والفقه فلا يلزمه شيء وهذا الجواب بالنسبة الى العبد ظاهر كما
ترى وكذا بالنسبة الى المكاتب لان ملك المولى لما كان متقوما لم يرض بزواله بلا بدل ولما لم يصح البدل فسدت
الكتابة واما ملك البضع فلما لم يكن متقوما لم يلزم من بطلان البدل فساد الخلع واما عتق المكاتب اذا ادى
الخمر المسماة لان في الكتابة تعليقا للعتق باداء المسمى وقد وجد الشرط فيقع المشروط قيل وفي قوله
على خمر تلويح الى انه لو كاتب على ميتة او دم فالكتابة باطلة حتى لو ادى لم يعتق ولا يجب القيمة وقوله وبخلاف
النكاح للفرق بينه وبين الخلع حيث صح ووجب مهر المثل والخلع صح ولم يجب شيء لان البضع في حالة
الدخول متقوم ولهذا اذا تزوج المريض امراة بمهر مثلها كان من جميع المال والفقه ما ذكره وهو واضح
قال وما جاز ان يكون مهرا في النكاح جاز ان يكون بدلا في الخلع كل ما جاز ان يكون مهرا في النكاح
جاز ان يكون بدلا في الخلع ولا ينعكس لانما يصلح ان يكون عوضا للمتقوم اولى ان يصلح عوضا لغيره ولا عكس
فاذا اختلعت منه على ما في بطون غنمها جاز وله ما في بطونها وقت العقد دون ما حدث بعده ولو تزوج امراة
على ما في بطون غنمه وجب مهر المثل لان التسمية غير صحيحة لكون ما في البطن ليس بمال في الحال وان كان
بعرضية ان يصير مالا بالانفصال لكنها بالنظر الى ذلك يكون في معنى الاضافة والتعليق والحال الى العوضين
وهو منافع البضع في باب النكاح لا يحتمل النكاح التعليق والاضافة فكذلك العوض الاخر واما الخلع
فاحد العوضين فيه وهو الطلاق يحتمل الاضافة والتعليق بالشرط فكذلك العوض الاخر فامكن تصحيح
تسمية ما في البطن باعتبار المال واذا صحت التسمية فلها المسمى ان وجد وان لم يكن في بطونها شيء
فلا شيء له لانها ما غرته لان ما في البطن قد يكون مالا متقوما وقد يكون ريحا فان قالت له خالعني على ما
في يدي فخالعها ولم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال
مجانا ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة اي لجهالة كل واحد منهما ويجوز ان يكون معناه بجهالة
المسمى واذا كان المسمى مجهولا كانت القيمة اكثر جهالة ولا الى قيمة البضع اعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة

فلا شيء له لانها لم تغره بتسمية
المال لان كلمة ما عامة تتناول
المال وغيره وان قالت
خالعني على ما في يدي من
مال فلم يكن في يدها شيء
صح

الخروج كما تقدم فتعين ان يجاب بما قام البضع به على الزوج دفعا للضرر عنه وقوله ولو قالت خالعني على ما في يدي
من دراهم واضح وقوله وكلمة من ههنا للصلة اشارة الى ما يقال اذا كان في هذه الصورة درهمان او درهم
يجب ان لا يجب عليها شيء غير ذلك لان كلمة من للتبعيض وكانه اراد بكونه صلة ان يكون للبيان على اصطلاح
النحويين كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان ومنهم من ضبط فقال كل موضع يصح الكلام فيه بدونه فهو
للتبعيض كما في قولك اخذت من الدراهم وكل موضع لا يصح فيه بدونه فهو صلة زيدت ليصح الكلام فانها
لو قالت خالعني على ما في يدي دراهم اختل الكلام واذا لم يكن للتبعيض كان للجمع فيما نحن فيه فيجب على اقله فيلزمها
ثلثة دراهم واعترض بانما ذكرت من الاختلال ليس بصحيح لان قوله دراهم يجوز ان يكون بدلا من قولها ما
في يدي ويكون تقديره خالعني على دراهم في قولها الدراهم يكون بدلا ايضا ويكون تقديره خالعني على الدراهم
واللام اذا دخل الجمع ولم يكن ثم معهود يراد به الواحد فلو كان في يدها درهم واحد وجب ان يكتفى به ولا
يلزمها الزيادة والجواب عن الاول ان هذا المنع لا يضرنا لانا اذا كان تقدير كلامها خالعني على دراهم يلزمها
ثلثة وهو المطلوب وعن الثاني بانه لا نسلم انه لا معهود ثم لان ما في يدها معهود بالاشارة اليها فان اختلعت
على عبد لها ابق على انها برية من ضمانه يعني ان لا يطالب بتحصيله وتسليمه بل ان حصل تسلمه والا فلا شيء
عليها لم تبرأ وعليها تسليم عينه ان قدرت وتسليم قيمته ان عجزت لانه عقد المعاوضة يقتضي سلامة العوض
فيكون اشتراط البراءة شرطا فاسدا لانه لا يقتضيه العقد فيبطل دون الخلع لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة
فان قيل سلمنا ان الخلع لا يبطل بها لكن ينبغي ان يفسد التسمية لاشتراط عدم وجوب تسليم المسمى واذا فسدت
رجع الزوج عليها بما ساق اليها من المهر كما اذا اختلعت منه على دابة اجيب بان العقد اذا كان صحيحا كان على
ما يقتضيه من الشرط ساقطا والساقط لا يؤثر في فساد شيء فانما فسدت التسمية فيما اذا اختلعت
على دابة للجهالة المستفحشة لكونها تنتظم انواعا مختلفة من الحيوان فان قيل الخلع كما يوجب تسليم المسمى يوجب
تسليمه بوصف كونه سليما واشتراط البراءة عن وصف السلامة صحيح فليصح اشتراطها عن تسليم المسمى
ايضا اجيب بان استحقاق التسليم فوق استحقاق السليم فان بيع ما لا يقدر على تسليمه لا يجوز والبيع بشرط
البراءة عن العيوب صحيح ولا يلزم من جواز الادنى جواز الاعلى ولان الرغبة في تملك الشيء للانتفاع بعد
ذلك بالتسليم وباشتراط البراءة عنه يفوت المقصود صحيح ولا كذلك اشتراط البراءة عن العيوب وقوله وعلى
هذا النكاح يعني اذا تزوج امراة على عبد ابق على انه بريء من ضمانه لم يبرأ وعليه تسليم عينه الى اخره واذا قالت
طلقني ثلثا بالف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف وكلامه واضح وان قالت طلقني ثلثا على الف درهم فطلقها
واحدة وقع طلاق رجعي ولا شيء عليها عند ابي حنيفة رح وقالا وقعت تطليقة باينة بثلث الالف لان الطلاق على
مال من جانب المراة معاوضة وكلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم وعلى درهم
سواء واذا كان معاوضة انقسم اجزاء العوض على اجزاء المعوض ولابي حنيفة ان كلمة على للشرط لانه يستعمل للشرط

مجا

مجازا قال الله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا اي بشرط عدم الاشراك بالله ومن
قال لامراته انت طالق على ان تدخل الدار كان شرطا وتجوز المجاز ما ذكره المصنف انه استعير
للشرط لانه يلازم الجزاء فكانت المناسبة بينهما من حيث اللزوم واذا كان للشرط فالمشروط
لا يتوزع على اجزاء الشرط وفيه بحث من وجهين احدهما ان جعله بمعنى الشرط غير مستقيم
لانه دخل على تمليك المال وذلك لا يقبل التعليق والثاني ان ما ذهبتم اليه مجاز وما ذهبنا اليه مجاز
اخر وليس احد المجازين اولى من الاخر فان اللزوم كما هو موجود بين الشرط والجزاء فكذلك
بين العوض والمعوض والجواب عن الاول ان المال فيما نحن فيه تابع للطلاق فجاز ان يقبل تبعا
لمتبوعه وان لم يقبله مستقلا وعن الثاني ان اللزوم بين العوضين بالتضايف وبين الشرط
والجزاء بالذات وكان جعله للشرط مجازا اقرب الى الحقيقة والمجاز الاقرب الى الحقيقة اولى على ما
عرف في الاصول قوله على ما مر اراد به قوله لان حرف الباء تصحب الاعواض واذا لم يجب المال كان
طلاقا مبتدا غير مبني على سوالها فوقع وله الرجعة وقوله ولو قال الزوج طلقي نفسك
ثلثا ظاهر ولو قال لها انت طالق على الف او بالف يتوقف على قبولها في المجلس وهذا يمين من جهته
فيصح تعليقه واضافته ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ويتوقف على البلوغ ان
كانت غايبة لانه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من جهتها مبادلة فلا يصح تعليقها واضافتها
ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها عن المجلس وقولها انه معنى قوله بالف بعوض يجب لي
عليك نظرا الى الباء ومعنى قوله على الف على شرط الف يكون لي عليك انما هو على قول ابي حنيفة واما عندهما
فلا فرق بين العبارتين والعوض لا يجب بدون قبول ظاهر وقوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده
يحتاج الى ان يضم اليه ووجوده يكون الالف عليها وكونه عليها انما يكون بالقبول فاذا قبلت في
المجلس وقع الطلاق ووجب عليها الالف ويكون الطلاق باينا لما قلنا يعني في اول هذا الباب من الحديث
وهو قوله عليه السلام الخلع تطليقة باينة ومن المعقول وهو قوله ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها
نفسها ولو قال لامراته انت طالق وعليك الف فقبلت وقع الطلاق ولا شيء عليها عند ابي حنيفة وكذا
لو قال لعبده انت حر وعليك الف فقبل وكذلك الحكم ان لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما الالف اذا
قبل واذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق ويعلم من هذا ان الخلاف في موضعين احدهما ان المراة
او العبد اذا قبل المال وقع الطلاق والعتاق مجانا عند ابي حنيفة والمعتبر بقبولهما وعندهما
يجب على العبد والمراة المال والثاني انهما اذا لم يقبلا يقع الطلاق والعتاق عنده كما اذا قبلا وعندهما
اذا لم يقبلا لم يقعا لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم
بمنزلة قولهم بدرهم والخلع معاوضة فيحمل الواو على معنى الباء بدلالة حال المعاوضة كانه قال انت

حقيقة اللزوم ومجـ

انت طالق بالف درهم فقبلت ولكنها ههنا طريق آخر وهو ان يجعل الواو للحال كانه قال انت
طالق في حال ما يجب لي عليك الف ولا يكون ذلك الا بعد قبولها فاذا قبلت وجب الالف ولابي حنيفة
ان قوله وعليك الف جملة تامة من مبتداء وخبر وكل ما هو كذلك لا يرتبط بما قبله الا بدليل
اذ الاصل في الجمل التامة الاستقلال ولا دليل ههنا لان الطلاق والعتاق ينفكان عن
المال بل عادة الكرام فيهما الامتناع عن قبول عوض بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان
دونه اي دون المال لكونهما معاوضة محضة فيصلح ان يكون حال المعاوضة دليلا ولو
قال انت طالق على الف على اني بالخيار او على انك بالخيار ثلثة ايام فقبلت طلقت والخيار باطل
اذا كان للزوج وجائز اذا كان للمراة فان ردت الخيار في الثلث بطل الطلاق وان اجازت
الطلاق او لم ترد الخيار حتى مضت ايامه وقع الطلاق ولزمها الالف عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا الخيار باطل في الوجهين والطلاق واقع وعليها الالف لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد
ولا فسخ بعد الانعقاد ههنا لان التصرف يمين يعني من جانب الزوج وقبول المراة لا يحتملان الفسخ
من الجانبين اما من جانبه فلانه يمين لانه ذكر شرط وجزاء معنى واليمين لا يقبل الفسخ واما من جانبها فلان قبول
المراة شرط لليمين فان يمين الزوج يتم بقبول المراة فاخذ قبولها حكم اليمين في عدم احتمال الفسخ ولابي حنيفة
رحمه الله ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع الا يرى انها لو رجعت صح ولو قامت من المجلس بطل كما في البيع و
اذا كان كذلك صح اشتراط الخيار فيه واما في جانبه فيمين انه لا يصح الرجوع عنه ويتوقف ما وراء المجلس
ولا خيار في الايمان فان قيل قد تبين انه من جانبها شرط اليمين وشرط اليمين لا يقبل الفسخ اجيب بان كونه
شرط يمين لا يمنع ان يكون تمليكا في نفسه كمن قال لآخر ان بعتك هذا العبد بكذا فعبدي هذا الآخر حر
انه معلوم بالمعاوضة ولم يمنع كونه معاوضة ان يكون شرطا لليمين واذا كان كذلك يثبت فيه الخيار ثم لما
بطل القبول بالرد بحكم الخيار بطل كونه شرطا لان كونه شرطا قائم بهذا الوصف وهو انه تمليك مال وجانب
العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق يعني يصح الخيار من العبد اذا خيره في الاعتاق على مال كما يصح الخيار
في الخلع من جانب المراة ومن قال لامراته طلقتك امس على الف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول قول الزوج
ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بالف درهم امس فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشتري ووجه الفرق
ان الطلاق بالمال يمين من جانبه فانه تعليق الطلاق بقبولها المال ولهذا لا يصح الرجوع عنه والاقرار به
اي باليمين على تاويل الحلف اي المذكور لا يكون اقرارا بوجود الشرط لصحته اي لصحة اليمين بدونه اي
بدون الشرط اما البيع فلا يتم الا بالقبول ولهذا يملك الرجوع قبل القبول فالاقرار به اي بالبيع اقرار
بما لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه عن الاقرار وهو غير مسموع قال والمباراة كالخلع
المباراة مفاعلة من بارأ شريكه اذا ابرأ كل واحد منهما صاحبه وترك الهمزة خطا كذا في المغرب في الاصل

بفتح الهمزة

في هذا الفصل ان المباراة والخلع كلاهما يسقط كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح
كالمهر والنفقة الماضية دون المستقبلة لان للمختلعة والمبارئة النفقة والسكنى ما دامت في العدة به صرح
الحاكم الشهيد في الكافي وهذا عند ابي حنيفة وقال محمد لا يسقط فيهما الا ما سمياه وابو يوسف معه
في الخلع ومع ابي حنيفة في المباراة فلو كان مهرها الفا فاختلعت منه قبل الدخول على مائة درهم من
مهرها فليس لها ان ترجع على الزوج بشيء في قول ابي حنيفة وفي قولهما يرجع عليها باربعمائة ولو كانت
قبضت الالف ثم اختلعت بمائة درهم لم يكن للزوج غير المائة في قوله وعندهما يرجع عليها الى تمام
النصف واذا خالعها على مال مسمى معلوم معروف سوى الصداق فان كانت المراة مدخولا بها والمهر
مقبوض فانما تسلم الى الزوج ولا يتبع احدهما الآخر بعد الطلاق بشيء وان كان المهر غير مقبوض فالمراة
تسلم الى الزوج بدل الخلع ولا ترجع على الزوج بشيء من المهر عند ابي حنيفة خلافا لهما واما ان كانت المراة غير
مدخول بها والمهر مقبوض فان الزوج ياخذ منها بدل الخلع ولا يرجع عليها بنصف المهر بسبب الطلاق
قبل الدخول عند ابي حنيفة وان لم يكن المهر مقبوضا ياخذ الزوج منها بدل الخلع وهي لا ترجع على زوجها
بنصف المهر عند ابي حنيفة خلافا لهما واما اذا ابرأها بمال معلوم سوى المهر فالجواب فيه عند محمد كالجواب
في الخلع عنده وعند ابي يوسف الجواب فيه كالجواب في الخلع عند ابي حنيفة لمحمد ان هذه اي كل واحد من الخلع
والمباراة معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير ولهذا لو كان لاحدهما دين واجب بسبب
آخر او عين في يده لا يسقط بهما شيء من ذلك ونفقة العدة لا تسقط وان كانت من حقوق النكاح
ولابي يوسف ان المباراة مفاعلة من البراءة والمفاعلة تقتضي الفعل من الجانبين وذلك يقتضي براءة
كل منهما عن الآخر وانه اي لفظ البراءة على ما قيل او على تاويل المذكور مطلق وقيدناه بحقوق النكاح
لدلالة الغرض وهو وقوع البراءة عما وقعت البراءة لاجله وهو النشوز الحاصل بسبب وصلة النكاح
وانقطاع المنازعة انما يكون باسقاط ما وجب باعتبار تلك الوصلة كذا في بعض الشروح وقيل الغرض
هو قطع المنازعة الناشئة بالنكاح فتتقيد البراءة بالحقوق الواجبة بالنكاح اما الخلع فمقتضاه
الانخلاع وقد حصل في نقض النكاح فلا ضرورة الى انقطاع الاحكام ولابي حنيفة ان الخلع ينبئ عن
الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو انفصال العامل عنه والفصل لا يكون الا عن وصل ولا وصل
الا بالنكاح وحقوقه اللازمة به وقد صدر مطلقا من غير قيد بالنكاح كالمباراة فيعمل بالاطلاق كما في
المباراة في النكاح واحكامه وحقوقه فقولا بكمال الفصل ونفقة العدة لم تكن واجبة عند الخلع ليسقط
وانما تجب بعده شيئا فشيئا ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها لان ولاية الاب نظرية
ولا نظر لها فيه اي في هذا الخلع لان البضع في حالة الخروج غير متقوم ولهذا يعتبر خلع المريضة
من الثلث والبدل متقوم ومقابلة ما ليس بمتقوم بما له قيمة ليست من النظر في شيء بخلاف النكاح فان

الرجل اذا زوج ابنته الصغيرة امراة بمهر المثل صح لان البضع متقوم حالة الدخول ولهذا يعتبر نكاح
المريض بمهر المثل من جميع المال فكان مقابلة المتقوم بالمتقوم وهو من وجوه النظر واذا لم يجز الخلع
لم يسقط المهر ولا يستحق الزوج من مالها بدل الخلع وهل يقع الطلاق ولا يقع فيه روايتان في رواية
يقع وفي اخرى لا يقع ومنشاء الروايتين قول محمد في الكتاب لم يجز فانه يحتمل ان يصرف الى الطلاق
وان يصرف الى لزوم المال والصحيح ان الطلاق واقع وعدم الجواز منصرف الى المال نص عليه في المنتقى
فقال لان لسان الاب كلسانها ولو خالع امراته الصغيرة على مهرها فقبلت او قالت الصغيرة لزوجها
اخلعني على مهري ففعل وقع الطلاق بغير بدل واختاره المصنف وقال والاول اصح لانه تعليق لشرط
قبولها اى قبول الاب فيعتبر بالتعليق بساير الشروط مثلا ان يقول ان دخلت الدار وغيره وفي ذلك يقع اذا
وجد الشرط فكذلك اذا وجد القبول ووجه الرواية الاخرى ان الخلع في معنى اليمين والايمان لا تجري فيها
النيابة ولو انعقد من الاب انعقد بطريق النيابة الا ان هذا لا يقوى فان الاب يوجد منه شرط اليمين
لا نفس اليمين وشرط اليمين يصح من كل احد فان خالعها على الف اى الاب ضامن فالخلع واقع والالف
اى على الاب ومعنى الضمان هاهنا التزام المال على نفسه لا الكفالة عن الصغيرة لان الزوج لا يستحق
عليها مالا حتى يتكفل عنها احد ووجه ذلك ما ذكره ان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح لكونه في معنى
المختلعة في عدم دخول شيء يقابل البدل في ملكه فعلى الاب اولى وذكر في وجه الاولوية ان للاب ولاية
التصرف في مال ولده الصغير بيعا وشراء واجارة وايداعا وابضاعا ولا يجوز هذا التصرف من الاجنبي
ثم اشتراط بدل الخلع على نفسه تصرف من التصرفات فلما جاز ذلك من الاجنبي مع انه ليس له ولاية عامة
التصرفات في مال الصغير فلان يجوز من الاب وله ذلك اولى وفيه تامل فان التصرف في مال الصغير
انما يؤثر في الاولوية ان لو تعلق بدل الخلع بمال الصغيرة وليس كذلك فكان تلك الولاية وعدمها سواء
ولعل الاولى ان يقال الخلع تصرف داير بين النفع والضرر او نفع محض كقبول الهبة على ما قيل فاذا كان
التزام بدله من الاجنبي صحيحا مع قصور الشفقة فلان يصح من الاب مع وفورها اولى فان قيل على ما ذكر
من كون الاجنبي في معنى المراة في عدم دخول شيء يقابل البدل في ملكه يجب ان يصح اعتاق الرجل عبده
على مال على الاجنبي كما يصح على مال عليه لانه لا يدخل في ملك الاجنبي شيء كالعبد وليس كذلك قلت يحصل للعبد
نفسه التي هي حيوة معنوية بسبب لحصول الاملاك وليس للاجنبي كذلك لا يقال في الخلع ايضا يحصل للمراة
الحرية عن رق النكاح وليس للاجنبي كذلك لانا نقول العتق يثبت الحرية والقوة الشرعية والخلع يرفع المانع
لتعمل القوة الشرعية عملها فلم يكن فيه اثبات شيء بخلاف العتق قوله ولا يسقط مهرها يعني وان كان الخلع
يسقط لانه لم يدخل تحت ولاية الاب لانه ليس من النظر ولايته نظرية وقوله وان شرط الالف يعني ان الزوج
ان شرط الالف على الصغيرة توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول بان تعقل العقد وتعبر عن نفسها فان

قبلت

قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة وان قبله الاب عنها ففيه اى
في هذا القبول روايتان في رواية يصح لان هذا نفع محض لان الصغيرة تتخلص عن عهدته بغير مال فيصح
من الاب كقبول الهبة كذا في مبسوط فخر الاسلام وفيه نظر وفي رواية لا يصح لان هذا القبول بمعنى شرط
اليمين وذكر مما لا يحتمل النيابة وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن الاب المهر توقف على قبولها فان
قبلت طلقت ولا يسقط المهر لوجود الشرط وهو القبول وليست من اهل الغرامة وان قبل الاب عنها فعلى
الروايتين في رواية يصح وفي اخرى لا يصح ووجه الروايتين ما ذكرناه آنفا وان ضمن الاب المهر اى
التزم بمعنى اذا خالع الاب مع الزوج والتزم المهر على ذمته وهو الف درهم مثلا طلقت لوجود قبوله
وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا لان فرض المسئلة فيما اذا كانت غير مدخولة وكان المهر الفا
فاضاف الخلع الى مهرها ومهرها ما يجب لها بالنكاح والواجب لها بالنكاح في الطلاق قبل الدخول
نصف المهر وهو خمسماية فكانه خالعها على خمسماية صريحا وفي القياس يلزمه الالف بحكم الضمان
واعلم ان ضمان الاب بالمهر وهو الف درهم اذا صح لا يخلو من احد الامرين اما ان يكون مدخولا بها
اولا فان كانت فلها على الزوج جميع المهر وللزوج على الاب بحكم الضمان الف درهم وان لم يكن فلها
على الزوج نصف المهر لان النصف الاخر سقط بالطلاق قبل الدخول وللزوج على الاب الف درهم بحكم
الضمان في القياس واما في الاستحسان فللزوج على الاب خمسمائة لان المقصود سلامة الالف وقد
حصلت اذ النصف سقط بالطلاق قبل الدخول والنصف الاخر الذي يرجع به المراة عليه فهو
يرجع به على الضامن وهو الاب هذا اذا لم يقبض المهر واما اذا قبضت كله فيرجع الزوج بالنصف
عليها وبالنصف الاخر على الضامن فيسلم له جميع الالف والمعتبر باختلاف السبب عند اتحاد
المقصود واصل هذه المسئلة في الكبيرة اذا اختلعت قبل الدخول على الف ومهرها الف ولم يقبض
شيئا ففي القياس انه يجب عليها خمسماية للزوج لان خمسماية من المهر سقطت بالطلاق قبل الدخول و
قد التزمت المراة الالف ونصف الالف سقط عن ذمتها بطريق المقاصة لان لها على الزوج خمسماية
باقية بعد سقوط نصف المهر فوجب عليها خمسمائة زائدة على الالف تتميما للالف التي لزمتها وفي الا
ستحسان لا شيء عليها لان مقصود الزوج سقوط كل المهر عن ذمته وقد حصل فلا يلزمها شيء زائد
على ذلك واما اذا قبضت جميع المهر ففي القياس ترد المراة الالف وخمسمائة الالف بدل الخلع وخمسمائة
نصف المهر بالطلاق قبل الدخول وفي الاستحسان ترد الالف لا غير خمسمائة بدل الخلع وخمسمائة بالطلاق
قبل الدخول وقوله زائدة بالجر لان الصفة تتبع المضاف اليه في الاعراب كما في قوله تعالى سبع بقرات سمان
كذا في النهاية وقال هكذا افاد شيخي رحمه الله مرارا والله اعلم **باب الظهار** قد تقدم وجه ترتيب الحرمات
المتقدمة في كل باب منها ويحتاج الى تقديم الظهار على اللعان ووجهه انه اقرب الى الاباحة من سبب اللعان
اول

فان سبب اللعان عند اضافته الى غير منكوحته يوجب حد القذف وموجب الحد معصية محضة بغير شائبة
الاباحة ‌والظهار في اللغة قول الرجل لامرأته انت علي كظهر امي وفي اصطلاح الفقهاء تشبيه المنكوحة
بالمحرمة عليه على سبيل التابيد اتفاقا بنسب او رضاع او مصاهرة وانما قيد بقوله اتفاقا احترازا عن قول
الرجل لامرأته انت علي كظهر فلانة وهي ام المزني بها او بنتها فانه لا يكون مظاهرا لان من الفقهاء من
يقول الحرام لا يحرم الحلال وسببه سبب الخلع وهو النشوز فان آية الظهار نزلت في خولة وكانت
ناشزة وشرطه كون المظاهر عاقلا بالغا مسلما والمراة من نسائنا وركنه قوله للمراة انت علي كظهر
امي او ما قام مقامه وحكمه حرمة الوطي والدواعي مع بقاء اصل الملك الى غاية الكفارة فاذا قال الرجل لامرأته
انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى
والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا والظهار كان
طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح وبيان ذلك
ان احدهم في الجاهلية اذا اراد ان يطلق امراته جعلها في التحريم على نفسه كالمواضع التي لا يطلع عليها من امه
كالفخذ والبطن والفرج ثم نظروا فلم يجدوا موضعا احسن في الذكر واستر من الظهر مع اصابة المعنى
الذي ارادوه فاستعملوه دون غيره ثم ان خولة بنت ثعلبة قالت كنت تحت اوس بن الصامت وقد
ساء خلقه لكبر سنه فراجعته في بعض ما امرني به فقال انت علي كظهر امي ثم خرج فجلس في نادي قومه
ثم رجع الي فراودني عن نفسي فقلت والذي نفس خولة بيده لا تصل الي وقد قلت ما قلت حتى يقضي الله
ورسوله في ذلك فوقع علي فدفعته بما تدفع المراة الشيخ الكبير وخرجت الى بعض جيراني فاخذت ثيابا
فلبستها واتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبرته بذلك فجعل يقول لي زوجك وابن عمك وقد كبر فاحسني
اليه فجعلت اشكو الى الله ما ارى من سوء خلقه فتغشى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان يتغشاه عند
نزول الوحي فلما سري عنه قال انزل الله فيك وفي زوجك بيانا وتلا قوله تعالى قد سمع الله قول التي
تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله الى آخر آيات الظهار ثم قال مريه فليعتق رقبة فقلت لا يجد
ذلك فقال مريه ان يصوم شهرين متتابعين فقلت هو شيخ كبير لا يطيق الصوم فقال مريه فليطعم
ستين مسكينا فقلت ما عنده شيء يا رسول الله فقال انا سنعينه بعرق فقلت وانا اعينه بعرق
ايضا فقال افعلي واستوصي به خيرا وقال علماؤنا رحمهم الله المراد من العود هو العزم على الجماع الذي
هو امساك بالمعروف وقال الشافعي رحمه الله المراد هو السكوت عن طلاقها عقيب الظهار قوله وهذا اشارة
الى نقل حكم الظهار من الطلاق الى التحريم الموقت بالكفارة وبيانه ان الظهار جناية لكونه منكرا من القول
وزورا قال الله تعالى وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا والمنكر ما ينكره الحقيقة والشرع و
الزور هو الكذب والباطل والجناية يناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطي اذا حرم

حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الاحرام وقال الشافعي رحمه الله لا يحرم الدواعي لان التحريم عرف
بقوله تعالى من قبل ان يتماسا والتماس في القران كناية عن الجماع واجاب صاحب الاسرار بان التماس حقيقة
في المس باليد والكلام لحقيقته حتى يقوم دليل المجاز بخلاف الحائض والصائم حيث لا يحرم الدواعي فيهما
لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي افضى الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام وسياتي في كتاب الكراهية
فان قيل لما كثر وجودهما كانا ادعى الى شرع الزاجر من الظهار فلم انعكس الامر اجيب بان وقت
الحيض والصوم وان كان كثيرا لكن اوقات الطهر والافطار اكثر فلما كثر اوقات الطهر كان الجماع
موجودا فيها ظاهرا فيوجب ذلك فتور رغبة في الجماع فلا يليق فيها ايجاب الزاجر لان ايجاب الزاجر
لمنع وجود الجماع وبفتور الرغبة كان ممتنعا فلا يحتاج الى ايجاب الزاجر فان وطئها قبل ان
يكفر استغفر الله ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى اي الكفارة الواجبة بالظهار على الترتيب المنصوص
ولا يعاود الوطي حتى يكفر لما روي ان سلمة بن صخر البياضي قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم ظاهرت
من امراتي ثم ابصرت خلخالها في ليلة قمراء فواقعتها فقال صلى الله عليه وسلم استغفر ربك ولا تعد
حتى تكفر ووجه الاستدلال ما ذكره بقوله ولو كان شيء آخر واجبا لنبه عليه قال وهذا اللفظ
هذا اشارة الى قوله انت علي كظهر امي يعني هذا اللفظ لا يثبت به الا الظهار فلو نوى الطلاق والايلاء او
قال لم انو به شيئا يكون ظهارا لانه اي كونه طلاقا منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به لان في ذلك تغيير
موضوع الشرع وليس للعبد ذلك وان قال انت علي كظهر امي او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر لان
الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة اللام في المحللة والمحرمة للعهد اي المحللة نكاحا او ملك
اليمين بالمحرمة تابيدا لا توقيتا وهذا المعنى اي التشبيه يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه كالاعضاء
المذكورة بخلاف اليد والرجل والشعر والظفر لانه يحل النظر والمس فلا يكون مظاهرا
بالتشبيه بها وقوله وكذا اذا شبهها بمن لا يحل له النظر اليها ظاهر وان قال راسك علي كظهر امي
او فرجك او وجهك او رقبتك كان مظاهرا لان هذه الاعضاء يعبر بها عن جميع البدن فيكون
تشبيهها من المراة كتشبيه ذات المراة ولو قال نصفك او ثلثك او ربعك كظهر امي كان مظاهرا
لان الحكم يثبت في ذلك الجزء اولا ثم يسري الى سائر البدن كما بينا في الطلاق ولو قال انت علي
مثل امي او كامي احتمل وجوها فيرجع الى نيته لينكشف حكمه وكلامه ظاهر وقوله وان لم يكن له
نية فليس بشيء عند ابي حنيفة وابي يوسف ذكر في المبسوط قول ابي حنيفة رحمه الله وحده وعن ابي يوسف
فيه روايتان احديهما كقول محمد لانه قال في الامالي اذا قال هذا في حالة الغضب وقال نويت به البر
لم يصدق في القضاء وهو ظهار وعنه انه قال ايلاء لان الام محرمة عليه بالنص قال الله تعالى حرمت عليكم
امهاتكم وكان قوله انت علي كامي بمنزلة قوله انت علي حرام وقد بينا في هذا اللفظ انه اذا لم ينو شيئا ثبت

اقل الوجوه وهو الايلاء وجه قول ابي حنيفة وابي يوسف على ما ذكره في الكتاب ان كلامه يحتمل التشبيه
من حيث الكرامة فيحمل عليه الا ان يتبين خلافه بالنية والفرض عدمها ووجه قول محمد ان التشبيه
بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها اولى وان عنى به التحريم لا غير فعند ابي يوسف هو
ايلاء ليكون الثابت ادنى الحرمتين فان الحرمة الثابتة بالايلاء ادنى من الحرمة الثابتة بالظهار اذ
حرمة الايلاء لغيرها وهو هتك حرمة اسم الله وحرمة الظهار لعينها وهو انه منكر من القول
وزور اولان الحرمة الثابتة بالظهار لا يرتفع الا بالكفارة والثابتة بالايلاء يرتفع بدونها
وهو الحنث وغير ذلك من الوجوه الدالة على ذلك على ما هو المذكور في النهاية وغيرها وعند
محمد ظهار لان كاف التشبيه مختص به ولو قال انت علي حرام كامي ونوى ظهارا او طلاقا
فهو على ما نوى لانه يحتمل الوجهين فحسب لانه لما صرح بالحرمة لم يبق كلامه محتملا للكرامة كما
في المسئلة الاولى ووجهه ظاهر وان لم يكن له نية فعلى قول ابي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار
والوجهان بيناهما يعني قوله ليكون الثابت ادنى الحرمتين وقوله لان كاف التشبيه مختص به
وان قال انت علي حرام كظهر امي ونوى طلاقا او ايلاء لا يكون الا ظهارا عند ابي حنيفة رحمه الله
وكذا اذا لم ينو شيئا كذا في المبسوط وقالا هو على ما نوى ان نوى ظهارا فظهار وان نوى طلاقا
فطلاق وان نوى ايلاء فايلاء كذا ذكره الصدر الشهيد والامام العتابي في شرحيهما للجامع
الصغير لان التحريم محتمل ونية المحتمل صحيحة غير ان عند محمد اذا نوى الطلاق لا يكون
ظهارا وعند ابي يوسف يكونان جميعا يعني تقع الطلاق بنيته ويكون مظاهرا بالتصريح
بالظهار ولا يصدق في صرف الكلام عن ظاهره قضاء بمنزلة قوله زينب طالق وله امرأة
معروفة بهذا الاسم وقال لي امرأة اخرى واياها عنيت يقع الطلاق على تلك بنيته وعلى
هذه المعروفة بالظاهر وضعفه شمس الائمة بان الطلاق بقوله انت علي حرام كان منكلا
بلفظ الظهار بعدما بانت والظهار بعد البينونة لا تصح وان قال الظهار مع الطلاق
يثبت بقوله انت علي حرام قلنا اللفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين واجاب الامام ظهير الدين
عن هذا فقال يصح ظهارا المبانة على قوله وكان هذا رواية منه على صحة ظهار المبانة وان هذا
الكلام صريح في الظهار ولهذا لو لم يكن له نية يكون ظهارا فلا يصدق في ابطال حكم الظهار
ويصدق في ارادة الطلاق لاعترافه بما قوله وقد عرف في موضعه يعني مبسوط شمس الائمة
ولابي حنيفة رحمه ان قوله انت علي كظهر امي صريح في الظهار ولهذا لا يحتاج في الدلالة عليه الى
النية فلا يحتمل غيره من الطلاق والايلاء ثم هو محكم لعدم احتمال الغير وقوله انت علي حرام
يحتمل تحريم الطلاق وغيره كما مر فيرد التحريم اليه اي الى الظهار كما هو الاصل في رد المحتمل على

المحكم ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر من امته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى والذين
يظهرون من نسائهم ولان الحل في المملوكة تابع بدليل انه لو اشترى امة فوجدها محرمة
عليه برضاع او مصاهرة لم يثبت للمشتري ولاية الرد بسبب الحرمة فلا يكون الامة في معنى
المنكوحة حتى يلحق بها ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة وعورض بان
الامة محل للظهار بقاء فيجب ان يكون محلا ابتداء كما لو ظاهر من امرأته وهي امة ثم اشتراها
فانه يبقى حكم الظهار وما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية في النكاح
والجواب ان بقاء الظهار فيما ذكرت ليس باعتبار انها محلا للظهار بقاء وانما هو باعتبار
ان حرمة الظهار اذا صادفت المحل لا يزول الا بالكفارة وههنا قد صادفت محلا فتبقى
الى ان يوجد الكفارة فهي بمنزلة الحرمة الثابتة بالطلاق فانها اذا طلقت بثلث لم يحل
بعد ذلك بسبب ما لم يتزوج بزوج اخر فان تزوج امرأة بغير امرها ثم ظاهر منها ثم
اجازت النكاح فالظهار باطل لانه صادق في التشبيه وقت التصرف لكونها محرمة قبل
اجازتها فلم يوجد ركن الظهار وهو تشبيه المحللة بالمحرمة فلم يكن منكرا من القول
والظهار منكر من القول وقوله والظهار ليس بحق من حقوقه اي حقوق النكاح جواب سؤال
تقريره الظهار مبني على الملك والملك موقوف فينبغي ان يكون الظهار موقوفا على الاجازة توقف
اعتاق المشتري من الغاصب على اجازة المغصوب منه البيع الصادر من الغاصب وتقرير
الجواب ان الظهار ليس من حقوق النكاح ولوازمه فلا يلزم من توقف النكاح على الاجازة توقف
الظهار عليها والدليل على انه ليس من حقوقه ان النكاح امر مشروع والظهار ليس بمشروع
لانه منكر من القول وما لا يكون مشروعا لا يكون من حقوق المشروع بخلاف اعتاق المشتري
من الغاصب لانه اي العتاق من حقوق الملك لكونه منهيا للملك ومتمما له ومن قال لنسائه
انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن جميعا وكلامه فيه واضح وقوله بخلاف الايلاء منهن
يعني بان يقول لهن والله لا اقربكن فانه اذا لم يقربهن حتى مضت اربعة اشهر طلقن
جميعا وان قرب الكل قبل مضي المدة يجب عليه كفارة واحدة لان الكفارة فيه لصيانة حرمة
الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم

فصل في الكفارة

لما ذكر حكم الظهار وهو حرمة الوطي
ودواعيه الى نهاية ذكر في هذا الفصل ما ينتهي بذلك الحرمة وهو الكفارة وسببها الظهار و
العود جميعا فان الله تعالى عطف العود على الظهار في بيان سبب الكفارة ثم رتب الحكم عليهما لغلو
وانما كان ذلك والله اعلم لان الظهار منكر من القول وزور وليس فيه جهة اباحة فلا يصلح ان
يكون سببا للكفارة لان سببها لا بد وان يكون مترددا بين الحظر والاباحة على ما عرف

في الاصول فضم الى ذلك العود حتى قال لكونه نقض المنكر وهو حسن ومع ذلك فليس بسبب
مستقل لها حتى لو عاد بالعزم على الوطي ثم ابانها او ماتت لم تلزمه الكفارة ولو عاد ثم
بدا له ان لا يطاها سقطت فان قيل لو كان للعود مدخل في السببية لما جاز اداء الكفارة
بعد الظهار قبل العود حقيقة لان تقدم الحكم على السبب لا يجوز وهو جايز فالجواب ان المراد بالعود
حقيقة ان كان الفعل فهو ليس بسبب وان كان هو العزم فلا نسلم جواز تقديم الكفارة
الكفارة عليه نعم يجب تقديم الكفارة على الفعل لانها شرعت لانتهاء الحرمة الثابتة بالظهار ولا
يمكن بقاء الفعل حلالا الا بعد انتهاء الحرمة بالكفارة فوجب التعجيل على الفعل ليكون الفعل واقعا بصفة
الحل بعد انتهاء الحرمة وعلى ذكر يدل النص الموجب للكفارة وما في الكتاب ظاهر والمراد بقوله
عتق رقبة اعتاق رقبة فان العتق قد لا ينوب عن الكفارة الا يرى انه لو ورث اباه و
نوى الكفارة لا يخرج عن عهدتها وقوله من كل وجه متعلق بالمرقوق دون مملوك لان الكمال
في الرق شرط دون الملك ولهذا لو اعتق المكاتب الذي لم يؤد شيئا صح عن الكفارة ولو اعتق
المدبر عنها لم يصح واعترض على المصنف بوجهين احدهما انه لم يسمع عن ايمة اللغة رقبة
حتى تشتق منها المرقوق وانما يقال رق فلان اذا صار رقيقا اي عبدا واجيب عنه بان الازهري
حكى عن ابن السكيت انه جاء عبد مرقوق وكلاهما ثقة والثاني ان تذكير الذات لا يجوز في الصواب
ذات مرقوقة مملوكة واجيب بان الذات يستعمل استعمال النفس والشي فتذكيره باعتبار
المعنى الثاني وقوله والشافعي رحمه الله يخالفنا اي لا يجوز اعتاق الرقبة الكافرة في الكفارة
لان الكفارة حق الله تعالى وحق الله لا يجوز صرفه الى عدو الله كالزكوة ونحن نقول المنصوص عليه
اعتاق الرقبة وقد تحقق وقوله وقصده من الاعتاق التمكن من الطاعة جواب عن قوله الكفارة
حق الله وتقريره ان قصد المكفر بالاعتاق هو ان يتمكن المعتق من الطاعة لخلوصه عن خدمة
المولى ثم مقارفته المعصية اي بقاوه على ما كان عليه من الكفر يحال به الى سوء اعتقاده واختياره
وللقائل ان يقول مقارفته المعصية يحال به الى سوء اختياره لكن لم لا يكون قصور ذكر منه
مانعا عن الصرف اليه كما في الزكوة والجواب ان القياس جواز صرف الزكوة اليه ايضا لان فيه
مواساة عباد الله لكن قوله صلى الله عليه وسلم خذها من اغنيائهم وردها الى فقرائهم
اخرجهم عن المصرف قال ولا تجزي العمياء اي لا يجوز اعتاق الرقبة العمياء ذكرا كان او
انثى وكلامه ظاهر والضابط في تخريج ما يجوز به الاعتاق عن الكفارة وما لا يجوز هو انه
متى اعتق رقبة كاملة الرق في ملكه مقرونا بنية الكفارة وجنس ما يبتغى به من المنافع فيها
قايم بلا بدل جاز عنها وان لم يكن كذلك لم يجز فقوله رقبة احتراز عما اذا اعتق نصف رقبة عنها

ثم اعتق

ثم اعتق النصف الآخر لم يجز وان اعتق النصف الآخر قبل الجماع جاز وقوله كاملة الرق احتراز عن المدبر كما
تقدم وقوله مقرونا بنية الكفارة احتراز عما اذا اعتق عبده ولم ينو عن الكفارة فانه لا يقع عنها و
ان نوى عنها بعد الاعتاق لا يجوز ايضا وقوله وجنس ما يبتغى من المنافع فيها قايم احتراز عن مقطوع
اليدين او الرجلين وما يماثل ذلك وقوله بلا بدل احتراز عما اذا اعتق عبده على بدل فانه لا يقع عن الكفارة
وانما كان فوت جنس المنفعة مانعا لان الشخص يصير في ذلك الجنس كالهالك فان قيام الشخص بمنافعه
وقوله ويجوز الاصم واضح وقوله لان قوة البطش بها تفوت لان ما تزول به تمكن القوة كان مانعا
فقطع اكثر اصابع كل يد كقطع جميعها وقوله والذي يجن ويفيق يجزيه يعني اذا اعتقه في حال افاقته
لا يجزي عتق المدبر وام الولد لان المنصوص عليه تحرير رقبة مطلقة والمطلق ينصرف الى الكامل
ورقبة المدبر وام الولد ليست بكاملة لاستحقاقهما جهة الحرية فكان الرق ناقصا فانه اذا ثبت فيهما
شي من القوة الحكمية زال في مقابلته شي من الضعف الحكمي وقوله فاشبه المدبر استدلال على الاصل بقوله
فان بيع المدبر واعتاقه عن الكفارة عند الشافعي رحمه الله جايز فكان هذا احتجاجا علينا بمذهبنا وقوله
على ما بينا اشارة الى قوله ولهذا يقبل الكتابة الانفساخ وقوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم
رواه عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم وقوله والكتابة لا ينافيه دليل آخر وتقريره
المكاتب رقيق قبل الكتابة لا محالة ولم يزل رقه بها لان الشي لا يزول بما ينافيه والكتابة لا ينافي الرق فان له
عقد الكتابة او ذكره باعتبار الخبر فك الحجر اذ لم يملك به المكاتب الا المنافع والاكساب كالاعارة والاجارة
وفك الحجر لا ينافي ملك الرقبة كالاذن في التجارة فان قيل لو كانت الكتابة فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة لا
ستبد المولى بالفسخ كما في عزل الماذون اجاب بقوله الا انه اي عقد الكتابة فك الحجر بعوض فكان لازما من
جانبه اي جانب المولى وقوله ولو كان مانعا جواب بطريق التنزل يعني لو سلمنا ان عقد الكتابة مانع عن الاعتاق كفارة
لكنه اذا اعتقه عن الكفارة ينفسخ قبيل الاعتاق مقتضى الاعتاق اذ هو اي عقد الكتابة يحتمل الفسخ فان قيل
لو صح اعتاقه تكفيرا وانفسخ عقد الكتابة مقتضى الاعتاق لسلم الاولاد والاكساب للمولى كما اذا اعتق عبده
الماذون بجهة التكفير وله اكساب اجاب بقوله الا انه يسلم له اي للمكاتب الاكساب والاولاد لان العتق
في حق المحل يعني المكاتب بجهة الكتابة واذا كان كذلك لا يخرج الاكساب والاولاد عن ملكه كما لو عتق باداء
بدل الكتابة وهذا لان الفسخ لا يصلح الا برضى المكاتب ولم يوجد منه صريحا فيقدر دلالة والدلالة انما
يتحقق اذا سلمت له الاكساب والاولاد فجعل العتق بجهة الكتابة لانه لا يختلف لا في ذاته ولا باختلاف
الجهات وجعل الاعتاق للتكفير لان المولى قصده وهو يختلف باختلاف الجهات نظرا الى الجانبين ولان الفسخ
ثبت ضرورة صحة الاعتاق فلا يظهر في حق الاولاد والاكساب وقوله وان اشترى اباه او ابنه واضح وقوله بخلاف
ما اذا كان المعتق معسرا يعني انه لا يجوز عن الكفارة بالاتفاق فان قيل يجب ان يجوز عن الكفارة عندهما فان كان

المعتق معسر لانه يصح جزاء مدبونا بناء على ان الاعتاق عندهما لا يتجزى اجيب بانه انما لم يجز لان وجوب هذا السعي بسبب
الاعتاق فلا يكون العتق مجانا فلا يقع عن الكفارة الا ولابي حنيفة ان نصيب صاحبه ينتقص على ملكه لتعذر استدامة
الملك فيه ثم يتحول اليه بالضمان ما بقي منه فكان في المعنى اعتاق عبد الا شيئا ومثله يمنع الكفارة فان قيل المضمون
تملك باداء الضمان بصفة الاستناد الى زمان وجود السبب فصار نصيب الساكت ملك المعتق زمان
الاعتاق فكان النقصان في ملكه لا في ملك شريكه ومثله لا يمنع الكفارة على ما نذكره فيما يليه اجيب بان الملك
في المضمون يثبت بصفة الاستناد في حق الضامن والمضمون له لا في حق غيرهما على ما عرف في كتاب الغصب
من الزيادات والكفارة غيرهما فلا يثبت الملك في حقها مستندا فلا يلزم النقصان المانع فان اعتق
نصف عبده عن كفارته ثم اعتق باقيه جاز لانه اعتق بكلامين فلا محظور فيه فان قيل قد تمكن فيه النقصان
لما مر والنقصان مانع اجاب بقوله والنقصان متمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة فانه اذا اعتق
النصف او بعض النصف الاخر ثم اعتق ما بقي ومثله غير مانع كمن اضجع شاة للاضحية فاصاب السكين
عينها فان النقصان لما حصل بفعل التضحية لم يمنع فكذلك النقصان الحاصل بفعل الكفارة بخلاف ما تقدم لان
النقصان تمكن على ملك الشريك حيث لا يمكن ان يجعل النقصان الحاصل في النصف الباقي مصروفا الى الكفارة لانعدام
الملك له في ذلك النصف فبطل قدر النقصان ولم يقع عن الكفارة فلما ضمن قيمة النصف الباقي واعتقه فقد صرفه
الى الكفارة وهو ناقص وصار في الحاصل كانه اعتق عبدا الا قدر النقصان وقوله وهذا اي جعل اعتاق بكلامين
على اصل ابي حنيفة في تجزي الاعتاق واما عندهما فالاعتاق لا يتجزى فاعتاق النصف اعتاق الكل فلا يكون
اعتاق الكل فلا يكون اعتاقا بكلامين وعلى هذا ابتنى المسئلة التي يليها وهي ظاهرة الا انه اعترض على
قوله واعتاق النصف حصل بعده بان اي اعتاق وجد بعد هذا وان كان كاملا فهو اعتاق بعد المسيس فينبغي
ان لا يجوز عن الكفارة واجيب بانا انما نجوز لانه اعتاق رقبة كاملة قبل المسيس الثاني فصار اعتاق نصف
العبد كان لم يكن وكانه قد جامع قبل الكفارة فيجب ان لا يعاود حتى يكفر وقد تقدم ذلك قال واذا لم يجد
المظاهر ما يعتق اي اذا لم يجد المظاهر رقبة ولا ثمنها فصومه شهرين متتابعين فان صامها بالاهلة جاز و
ان كان كل شهر تسعة وعشرين وان صام بغير الاهلة فافطر لتمام تسعة وخمسين يوما فعليه الاستقبال
وكذا ان دخل في صيامه شهر رمضان او يوم الفطر او يوم النحر او ايام التشريق لما ذكره في الكتاب وهو واضح
فان جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا او نهارا استانف الصوم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ناسيا ح
وقال ابو يوسف لا يستانف وانما قيد بالتي ظاهر منها لانه اذا جامع غيرها فان كان وطيا يفسد الصوم
كالجماع بالنهار عامدا قطع التتابع فيلزمه الاستيناف بالاتفاق وان لم يفسده بان وطيها بالنهار ناسيا او بالليل
كيف ما كان لم يقطع التتابع فلا يلزمه الاستيناف بالاتفاق وانما قيد في جماع التي ظاهر منها بالنهار ناسيا لانه
اذا جامعها فيه عامدا استانف بالاتفاق واما ذكر العمد فيه في الليل فقد وقع اتفاقا لانه لا فرق بين العمد والنسيان في الليل

بالليل

بالليل سواء فعرف ان الاختلاف في وطي لا يفسد الصوم لابي يوسف ان هذا الوطي لا يفسد به الصوم فلا
يقطع التتابع لانه لم يزل صائما وهو الشرط اي التتابع شرط في كون الصوم كفارة وقد وجد فان قيل
تقديم الصوم على المسيس شرط ولم يوجد اجاب بقوله وان كان تقديمه على المسيس شرطا ففيما ذهبنا اليه
تقديم البعض وفيما قلتم تقع الاستيناف تاخير الكل عنه وتاخير البعض اهون من تاخير الكل ولهما
ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس وان يكون خاليا عن المسيس ضرورة بالنص وهذا يحتمل وجهين
احدهما ان يكون معناه ان النص يقتضي شرطين كون الصوم قبل المسيس وكون الصوم خاليا عن المسيس
والشرط الثاني من ضرورة الاول لان تقديمه على المسيس يستلزم خلو الصوم عنه وهذا الشرط اي الشرط
الثاني وهو الخلو عنه ينعدم بهذا اي بالمسيس فينعدم المشروط ويجب الاستيناف لانه ان عجز عن الاتيان به قبل
المسيس فهو قادر على الاتيان به خاليا عن المسيس والى هذا يشير كلام عامة الشارحين والثاني ان يقال قوله
وان يكون خاليا عنه ضرورة تفسير الاول بطريق العطف لان ايقاعه قبل المسيس اخلاؤه عنه بالضرورة
ويتخلل الجماع عدم الشرط وصار الصوم كان لم يكن وقد جامع التي ظاهر منها قبل الكفارة والحكم في
ذلك الاستغفار وترك العود الى الكفارة فيلزمه الاستيناف وهذا اولى لاشتماله على الجواب عن قوله وان كان
تقديمه على المسيس شرطا الى اخره والجواب عن قوله انه لا يفسد الصوم فلا يقطع التتابع ان عدم الفساد
في النسيان ثبت بالنص على خلاف القياس فلا يتعدى الى قطع التتابع وفي العمد لعدم القائل بالفصل وان افطر
يوما منها بعذر كسفر او مرض او بغير عذر استانف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة وهذا احتراز
عما اذا افطرت المراة في كفارة القتل او الافطار بعذر الحيض فانها لا تستانف لانها معذورة عادة ولا
تجد شهرين متتابعين لا حيض فيهما ولو صام المظاهر شهرين متتابعين ثم قدر على الاعتاق في اخر
يوم من الشهرين فان كان قبل غروب الشمس وجب عليه العتق وصار صومه تطوعا لاقتداره على الاصل
قبل حصول المقصود بالبدل وان كان بعد الغروب كان الصوم عن كفارته قوله وان ظاهر العبد ظاهر
وقوله او قيمة ذلك اي من غير الاعداد المنصوصة مطلقا واما في الاعداد المنصوصة فلا يجوز اداؤها
قيمة اذا كانت اقل قدرا مما قدره الشرع وان كانت اكثر من الاخر ومثله قيمة حتى لو ادى نصف صاع
من تمر يبلغ قيمته نصف صاع من حنطة لا يجوز وكذا لو ادى اقل من نصف صاع حنطة يبلغ صاعا
من تمر او شعير لا يجوز والاصل فيه ان كل جنس هو منصوص عليه من الطعام لا يكون بدلا عن جنس اخر هو
منصوص عليه وان كان في القيمة اكثر لانه لا اعتبار لمعنى النص في المنصوص عليه وانما الاعتبار له في غيره
وقوله في حديث اوس بن الصامت هو اخو عبادة بن الصامت واوس هو زوج خولة بنت ثعلبة وهي
المجادلة التي نزلت فيها اية الظهار وقد تقدم واما سهل بن صخر فقد قيل فيه نظر لان المذكور في كتب الحديث
سلمة بن صخر وكذا في المبسوط وذكر في المغرب سلمة بن صخر البياضي وما ذكره المصنف موافق لما اورده

الامام المستغفري في معرفة الصحابة قال سهيل بن صخر الليثي وقوله فيعتبر بصدقة الفطر يعني في المقدار
ولكن بينهما فرق من وجه آخر وهو ان التفريق ههنا بان يعطي فقيرا مدا من حنطة ومدا آخر فقيرا آخر يجوز
لان الواجب اطعام ستين مسكينا فكان العدد معتبرا كالمقدار ومتى فرق لم يوجد الطعام المعتاد للمسافر
واما في صدقة الفطر فالمعتبر منها القدر دون العدد لكونه مسكوتا عنه فيكون التفريق جايزا وقوله و
فيه ذلك ظاهر وقوله لحصول المقصود اذ الجنس متحد يعني من حيث الاطعام وسد الجوعة لان المقصود
من البر والتمر والشعير الاطعام فيجوز تكميل احدهما بالآخر واما اذا اختلف الجنس كما اذا اطعم خمسة مساكين
في كفارة اليمين بطريق الاباحة وكسا خمسة والكسوة ارخص من الطعام فلم يجزه لما ان المقصود بالكسوة
غير المقصود بالطعام الا يرى ان الاباحة في احدهما يجوز دون الاخر كذا يستشكل بما اذا اعتق نصف رقبتين
بان كان بينه وبين شريكه عبدان فاعتق نصيبه منهما عن الكفارة لا يجوز عنها وان اتحد الجنس من حيث
الاعتاق واجيب بانه انما لا يجوز لان نصف الرقبتين ليس برقبة والشركة في كل رقبة يمنع التكفير بها و
قوله وان امر غيره ان يطعم عنه من ظهاره ظاهر وقوله فان غداهم وعشاهم بكلمة الواو لا باو لان
التغدية وحدها والتعشية وحدها لا يجزي قال في المبسوط المعتبر في التمكين اكلتان مشبعتان اما
الغداء والعشاء واما غداآن او عشاآن لكل مسكين فالمعتبر حاجة اليوم وذلك بالغداء والعشاء وفي
المجرد عن ابي حنيفة اذا غدا ستين وعشا ستين اخرين لا يجوز وقوله قليلا اكلوا او كثيرا يعني ان المعتبر
هو الشبع لا المقدار وان كان احدهم شبعان اختلف المشايخ فيه فمنهم من قال بجوازه لانه وجد
اطعام العدد المعين وقد شبعوا ومنهم من قال لا يجوز لان المأخوذ عليه اشباع الستين وهو ما اشبعهم
وقوله وقال الشافعي رحمه الله متصل بقوله فان غداهم وعشاهم وهو لا يجوز في الكفارة الا التمليك قياسا
على الزكوة وصدقة الفطر وهذا اي عدم جواز الاباحة لان التمليك ادفع للحاجة فلا ينوب منابه الاباحة ولنا
ان المنصوص عليه هو الاطعام وهو حقيقة في التمكين من الطعم لانه جعل الغير طاعما وفي الاباحة ذلك اي
التمكين كما في التمليك فيتادى الواجب بكل واحد منهما اما بالتمكين فلما اعانه عين النص واما بالتمليك فلا
شتماله على المنصوص عليه لانه اذا ملكه منه فاما ان يطعم او يصرفه الى حاجة اخرى فلذلك قام التمليك مقام
المنصوص عليه اما الواجب في الزكوة فهو الايتا لقوله تعالى واتوا الزكوة وفي صدقة الفطر الاداء لقوله عم
ادوا عمن تمونون وهما للتمليك حقيقة وقوله ولو كان فيمن عشاهم صبي ظاهر وقوله وهذا اشارة
الى قوله لم يجزه الا عن يومه يعني اذا وقع بمسكين واحد في يوم واحد ستين مرة بطريق الاباحة فلا
خلاف لاحد في عدم جوازه واما اذا كان بطريق التمليك فقد اختلف المشايخ فيه فقال بعضهم لا يجوز لان
المقصود سد الخلة ولهذا لا يجوز الصرف الى الغني وبعد ما استوفى وظيفة اليوم لا حاجة له الى سد الخلة
بصرف وظيفة اخرى له بخلاف كفارة اخرى لان المستوفي في حكم تلك الكفارة كالمعدوم ولا يمكن ان يجعل

اي الكفارة الاخرى

اي المستوفي في حكم الكفارة الاولى

اي الكفارة الاولى

مثلا في هذه الكفارة وقد ذكرناه في التقرير باتم من هذا وقد قيل يجزيه لان الحاجة الى التمليك كثيرة تتجدد
في يوم واحد فاذا فرق بدفعات في يوم واحد جاز كما في الايام بخلاف حاجة الاباحة بالاطعام فانه اذا
استوفى حاجته في يوم ينتهي حاجته الى الطعام ولا يتجدد الا بتجدد الايام وبخلاف ما اذا دفع دفعة
واحدة لان التفريق واجب بالنص وهو قوله فاطعام ستين مسكينا ولم يوجد لا حقيقة ولا تقديرا فلا
يجوز كالحج اذا رمى الحصيات السبع دفعة واحدة وقوله وان قربها التي ظاهر منها في خلال الطعام والنهي
وقوله والمنع لمعنى في غيره يعني يوم القدرة على الاعتاق لا لعدم المشروعية في نفسه كالبيع وقت النداء والصلوة
في الاوقات المكروهة قال واذا اطعم عن ظهارين واذا اطعم المظاهر عن ظهارين ستين مسكينا
كل مسكين صاعا من بر لم يجزه الا عن واحد منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله
يجزيه عنهما وان اطعم ذلك عن افطار وظهار اجزأه عنهما اتفاقا له ان بالمؤدى وفاء بهما اذ الواجب عن كل ظهار
لكل مسكين نصف صاع من بر ففي الصاع وفاء بهما لا محالة والمصروف اليه محل لهما لان الفقير لا يخرج بأخذ
احد الحقين عن كونه مصروفا للبقاء الخلة والنية متعينة فيقع عنهما كما لو اختلف السبب يعني اطعم ذلك عن
افطار وظهار او فرق في الدفع ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو لان النية للتمييز بين الاجناس المختلفة
والفرض عدمها فلغت النية واذا لغت والمؤدى يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع ادنى المقادير والمقا دير
يمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى اصل الكفارة فانه يقع عن احدهما بالاتفاق بخلاف ما اذا
فرق في الدفع لانه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر وفيه بحث من وجهين احدهما ان كل ظهار وجب
بسبب على حدة فكانا بمنزلة جنسين مختلفين فينبغي ان يقع عنهما والثاني انه لو اعتق عبدا عن احد الظهارين
بعينه صح نية التعيين ولم تلغ وان كان الجنس واحدا ولهذا حل وطي التي عينها واجيب عن الاول بان
النية معتبرة في الجنسين لا فيما كان بمنزلة وهو جنس واحد وعن الثاني بان اعتاق الرقبة يصلح كفارة
عن احد الظهارين قدرا ومحلا فصحت نيته فاما اطعام ستين مسكينا كل مسكين صاعا فان صلح
عن الظهارين قدرا لم يصلح لهما محلا لان محلهما مائة وعشرون مسكينا عند عدم التفريق فاذا زاد في
الوظيفة ونقص عن المحل وجب ان يعتبر قدر المحل احتياطا كما لو اعطى ثلثين مسكينا كل واحد صاعا وقوله و
من وجبت عليه كفارتا ظهار ظاهر وقوله احتياطا كما كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء جواب الاستحسان
والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر لخروج الامر من يده وان اعتق عن ظهاره وقيل لم يجز عن واحد منهما وقال
زفر لا يجزيه عن احدهما في الفصلين يعني في متحد الجنس ومختلفه وقال الشافعي رحمه الله له ان يجعل عن ايهما
شاء في الفصلين لان الكفارات باعتبار اتحاد المقصود وهو الستر جنس واحد والنية في الجنس الواحد غير
مفيدة فيلغى نيته اصل الكفارة ولو نوى اصل الكفارة كان له ان يجعل عن ايهما شاء فكذا هذا ووجه قول زفر
انه اعتق عن كل ظهار نصف العبد فليس له ان يجعل عن احدهما لخروج الامر من يده ولنا ان نية التعيين

في الجنس المتحد لغو وقيل معناه نوى التوزيع في الجنس الواحد فكانت لغوا واذا لغت صار كانه اعتق رقبة عن الظهارين
ولم ينو عنهما وذلك جائز وله ان يصرفها الى ايتهما شاء فكذلك ههنا بخلاف ما اذا كانت الكفارتان من جنسين مختلفين
لان نوى التوزيع في الجنس المختلف وكانت معتبرة فلا يكون عن واحد منهما فان قيل لا نسلم اختلاف الجنس فان الحكم و
هو الكفارة بالاعتاق في القتل والظهار واحد اجاب بقوله واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة ههنا باختلاف
السبب فان القتل يخالف الظهار لا محالة فاختلاف السبب يدل على اختلاف الحكم لان الحكم ملزوم السبب فاختلاف اللوازم
يدل على اختلاف الملزومات ولما اختلف الجنس صحت النية فكان اعتاق رقبة واحدة عن كفارتين مختلفتين
فيكون لكل منهما نصف الرقبة فلا يجوز ثم نظر المصنف رحمه الله لكل واحد من الجنس المتحد والمختلف بما ذكره في الفوائد
الظهيرية فقال نظير الاول يعني الجنس المتحد اذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد
بناء على ما ذكرنا من لغاية التوزيع وبقاء اصل النية اذ الجنس متحد ونظير الثاني يعني الجنس المختلف اذا كان عليه
صوم القضاء والنذر فانه لا بد من التمييز فان نوى من الليل ان يصوم غدا عنهما كانت النية معتبرة ولا يصير
صائما اذ الجنس مختلف واعترض على هذا بما اذا نوى عن قضاء ظهرين عليه فان الجنس متحد وتعيين النية
لا بد منه والا لا يقع عن واحد منهما واجيب بانا لا نسلم اتحاد الجنس لانه مختلف باختلاف الخطاب والسبب فان
لكل منهما سببا وخطابا على حدة بخلاف الصوم فان الجميع ثابت بخطاب فليصمه من اول الشهر الى اخره والله اعلم

باب اللعان

قد تقدم وجه المناسبة في اول الظهار واللعان في اللغة الطرد والابعاد يقال لاعن
عنه ملاعنة ولعانا ثم لقب الباب باللعان دون الغضب وان كان فيه الغضب ايضا لان اللعن من جانب
الرجل وهو مقدم وفي الشريعة شهادات تجري بين الزوجين مقرونة باللعان والغضب وسببه قذف الرجل
امراته قذفا يوجب الحد في الاجنبية وشرطه النكاح حتى لو طلقها بعد القذف لا يجري اللعان بينهما وركنه الشهادات
المخصوصة التي تجري بكلمات معروفة بين الزوجين وحكمه حرمة الوطء والاستمتاع كما فرغا من اللعان
قال واذا قذف الرجل امراته بالزنا اذا قذف الرجل امراته بالزنا وهما من اهل الشهادة اي هما من اهل ادائها
ولهذا لا يجري بين مملوكين والمراة ممن يحد قاذفها حتى لو لم يكن من ذلك بان تزوجت بنكاح فاسد ودخل
بها او كان لها ولد مجهول النسب لا يجري بينهما او نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان فان قيل
اللعان يجري بين الاعميين والفاسقين وليسا من اهل الشهادة وتخصيص المراة بكونها ممن يحد قاذفها غير
مفيد لكونه شرطا في جانب الرجل ايضا حتى لو كان ممن لا يحد قاذفه لا يجري وان كانت ممن يحد قاذفها
اجيب عن الاول بانهما من اهل الشهادة لو حكم الحاكم بشهادتهما جاز كذا في شرح الطحاوي والجامع الصغير لقاضي
خان وعن الثاني بانه انما شرط كونها ممن يحد قاذفها لئلا يخلو القذف عن احد الحكمين فانها اذا لم تكن كذلك لم يلزم
الرجل حد ولا لعان لان اللعان قائم في حقه مقام حد القذف وهو يقتضي احصانها بخلاف ما اذا لم يكن الرجل ممن
يحد قاذفه فانه يحد حد القذف فلم يخل القذف عن ايجاب حكم وقوله والاصل الخ اعلم ان موجب قذف

زوجته

الرجل امراته كان حد القذف في الابتداء كما في الاجنبية لعموم قوله تعالى والذين يرمون المحصنات الاية ولما روي
عن ابن مسعود رضي الله عنه قال كنا جلوسا عند النبي صلى الله عليه وسلم في المسجد ليلة الجمعة اذ دخل انصاري فقال يا رسول الله
ارايتم الرجل يجد مع امراته رجلا فان قتل قتلتموه وان تكلم جلدتموه وان سكت سكت على غيظ ثم قال
اللهم افتح فنزلت اية اللعان ولانه صلى الله عليه وسلم قال لهلال بن امية حين قذف امراته لشريك بن سحماء ايت
باربعة من الشهداء يشهدون على صدق مقالتك والا فحد على ظهرك فقال الصحابة الان يجلد هلال بن امية
فيبطل شهادته في المسلمين فثبت ان موجب القذف في الزوجة كان الحد ثم انتسخ ذلك باللعان فنظرنا في
اية اللعان فوجدناها دالة على ان الاصل في اللعان ان يكون شهادات موكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام
حد القذف في حق الرجل ومقام حد الزنا في حقها لان الله تعالى قال والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء
الا انفسهم ووجه الاستدلال ان الله تعالى استثنى الازواج من الشهداء والاصل في الاستثناء ان يكون من الجنس
ولا شهداء الا بالشهادة ولا شهادة فيما نحن فيه الا كلمات اللعان فدل انها شهادات اكدت بالايمان نفيا
للتهمة وقال الله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة
المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا تاكيدا وهو قائم في حقه مقام حد القذف وفي جانبها
بالغضب لانهن يستعملن اللعن في كلامهن كثيرا على ما ورد به الحديث انكن تكثرن اللعن وتكفرن العشير
وسقطت حرمة اللعن عن اعينهن فعساهن يجترئن على الاقدام لكثرة جري اللعن على السنتهن و
سقوط وقعه عن قلوبهن فقرن الركن في جانبها بالغضب ردعا لهن عن الاقدام فان قيل ما معنى اقامة
الشهادة مقام الحد في الطرفين وما المناسبة بين الحد والشهادة اجيب بان الحد زاجر والاشهاد بالله كاذبا
مقرونا باللعن على نفسه سبب الهلاك وفي ذلك زجر عن الاقدام على سببه فان قيل لو كان اللعان قائما في حقه
مقام حد القذف لجرى مجراه في الاتحاد والتعدد وليس كذلك فان من قذف اربع نسوة له في كلمة واحدة او
في كلام متفرق فعليه ان يلاعن كل واحدة منهن على حدة وان قذف اجنبيات فانه يقام عليه حد القذف
لهن مرة واحدة اجيب بان اللعان قائم في حقه مقام حد القذف بقذف امراته لا مطلقا لانه صار بدلا عما كان
يلزمه في الابتداء بقذفها فلا يرد عليه الاجنبيات على ان ذلك الاختلاف لاختلاف المقصود فان المقصود هناك
دفع عار الزنا عنهن وذلك يحصل باقامة حد واحد وههنا لا يحصل المقصود بلعان واحد لتعذر الجمع بين
كلمات اللعان فقد يكون صادقا في حق بعض دون بعض والمقصود التفريق بينه وبينهن ولا يحصل ذلك
بلعان بعضهن فيلاعن كل منهن على حدة حتى لو كان محدودا في قذف كان عليه لهن حد واحد لان موجب
قذفهن الحد حينئذ والمقصود يحصل بحد واحد كما في الاجنبيات وانما قيد بقوله عندنا لان عند الشافعي
اللعان ايمان موكدات بالشهادة فمن كان اهلا لليمين كان اهلا للعان قال اذا ثبت هذا نقول
يعني اذا ثبت ان الاصل في اللعان عندنا شهادات موكدات بالايمان نقول لا بد ان يكون الملاعن من اهل الشهادة

لان الركن فيه الشهادة ولا بد ان تكون المراة ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف فلا بد من الاحصان
ويجب بنفي الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها كما اذا نفى اجنبي نسب ولدها عن ابيه المعروف فانه يكون قذفا للمراة
فكذلك هذا ولا يعتبر احتمال كون الولد من غيره بالوطء بشبهة لان الاصل في النسب الفراش الصحيح والفاسد
ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به وقال الشافعي رحمه الله لا يصير بنفي الولد قاذفا ما لم يقل
وانه من الزنا لجواز ان يكون من الوطء بشبهة كما لو قال لاجنبية ليس هذا الولد الذي ولدته من زوجك فانه لا يصير
قاذفا ما لم يقل وانه من الزنا بالاتفاق قال شيخ الاسلام والقياس ما قاله الا انا تركناه لضرورة في اللعان لان
الزوج قد يعلم ان الولد ليس منه بان لم يطاها او عزل عنها عزلا بينا ولكن لا يعلم انه من زنا او من وطء عن شبهة فالتجئ
بنفي الولد حتى ينتفي عنه نسب الولد وهذه الضرورة معدومة في حق الاجنبي ويشترط طلبها بموجب القذف لانه
حقها لانه باللعان يندفع عار الزنا عنها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق فان امتنع الزوج عن اللعان حبسه الحاكم حتى
يلاعن او يكذب نفسه لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس به حتى ياتي بما هو عليه او يكذب نفسه فيرتفع السبب
وفي نسخة ليرتفع الشين ومعنى النسخة الاولى ليرتفع السبب اي سبب اللعان الذي عليه وهو التكاذب
لان اللعان انما يجب اذا كذب كل واحد منهما الاخر فيما يدعيه بعد قذف الزوج امراته بالزنا واما اذا كذب نفسه
فلم يبق التكاذب بل وافق المراة في انها لم تزن ولا يجري اللعان بعد ذلك واما النسخة الاخرى فقيل انها تغيير
على زعم ان سبب اللعان لا يرتفع بالاكذاب بل يتقرر الا يرى انه يجب عليه الحد بالاكذاب وهو الاصل في القذف
لكن يرتفع الشين بالتكاذب ومن الناس من قال المراد بالسبب الشرط لان التكاذب شرط اللعان قيل قوله و
هو قادر على ايفائه احتراز عن المديون المفلس فان الدين حق مستحق عليه لكنه غير قادر على ايفائه فلا
يحبس قوله ولو لاعن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص وهو قوله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله
وقوله الا انه يبتدا بالزوج لانه هو المدعي بناء على ان اللعان شهادات والمطالب بها هو المدعي والاستثناء بمعنى
لكن كانه استشعر ان قوله المتلو من النص لا يدل على المبدوء به فقال الا انه يبتدا به وقوله فان امتنعت ظاهر و
اذا كان الزوج عبدا او كافرا بان كانا كافرين فاسلمت المراة وقذفها الزوج قبل ان تعرض عليه الاسلام او
محدودا في قذف فقذف امراته فعليه الحد لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته لانه ليس من اهل الشهادة فيصار
الى الموجب الاصلي وهو حد القذف الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الاية فانه كان هو المشروع
اولا ثم صار اللعان خلفا عنه في قذف الزوج عند وجود الشرائط فاذا عدم صير الى الاصل وقوله وان كان
هو من اهل الشهادة ظاهر وقوله والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم اربعة لا لعان بينهم وبين ازواجهم اليهودية
والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك قيل هذا الحديث لم يوجد له اصل في كتب الحديث
ولكن ابو بكر الرازي ذكره في شرح مختصر الطحاوي باسناده عن عبد الباقي الى عمرو بن شعيب عن جده
عن النبي صلى الله عليه وسلم قيل كفى بابي بكر الرازي لعدالته وضبطه وفقهه معتمدا ولو كانا محدودين في

قذف فعليه الحد لان امتناع اللعان لمعنى من جهته وهو كونه ليس من اهل الشهادة فان قيل هلا اعتبر جانبها و
هي ايضا محدودة في القذف درءا للحد اجيب بان المانع عن الشيء انما يعتبر مانعا اذا وجد المقتضي لانه عبارة
عما ينتفي به الحكم مع قيام ما يقتضيه واذا لم يكن الزوج اهلا للشهادة لم ينعقد قذفه مقتضيا للحكم وهو
اللعان فلا يعتبر المانع والقذف في نفسه موجب للحد فيحد بخلاف ما اذا وجد الاهلية من جانبه فانه ينعقد قذفه
مقتضيا له فاذا ظهر عدم اهليتها لكونها محدودة وقد بطل المقتضي فلا يجب الحد لانه لم ينعقد له بل انعقد للعان
ولا لعان لبطلانه بالمانع ونوقض بما لو قذف عبد امراته وهي مملوكة او مكاتبة فانه لا حد عليه ولا لعان وعلى
قود ما ذكرتم يجب عليه الحد لانه ليس من اهل الشهادة فلم ينعقد قذفه مقتضيا للحكم وهو اللعان فيجب ان يحد
لان القذف موجبه اجيب بان في العبد شبهة الاهلية لان له شهادة بعد العتق فاعتبرت درءا للحد وليس كذلك
المحدود في قذف **قال** وصفة اللعان ان يبتدئ القاضي صفة اللعان على ما ذكر في الكتاب واضح
وقوله فاذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما يفيد انه لو مات احدهما بعد الفراغ من
التلاعن قبل تفريق الحاكم توارثا وقال زفر رحمه الله تقع الفرقة بتلاعنهما لانه تثبت الحرمة المؤبدة
بالحديث يعني قوله صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نفى الاجتماع بعد التلاعن وهو تنصيص
على وقوع الفرقة بينهما بالتلاعن ولنا قوله تعالى فامساك بمعروف او تسريح باحسان ووجه
الاستدلال ان بثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح باحسان فاذا امتنع
ناب القاضي منابه دفعا للظلم وقوله دل على ذلك اي على ان لا تقع الفرقة حتى يفرق القاضي ولو قال
دل عليه ايضا كان اولى فتامل وقوله قول ذلك الملاعن يريد بن عويمر العجلاني فانه قال عند
النبي صلى الله عليه وسلم بعد اللعان كذبت عليها ان امسكتها هي طالق ثلاثا ولم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم
ولو وقعت الفرقة بينهما لانكر رسول الله صلى الله عليه وسلم فان قيل قد انكر عليه بقوله اذهب فلا سبيل لك
عليها اجيب بان ذلك منصرف الى طلبه رد المهر فانه روي انه قال ان كنت صادقا فهو لها بما استحللت
من فرجها وان كنت كاذبا فلا سبيل لك عليها والجواب عن استدلال زفر بالحديث يجيء ثم اذا فرق
الحاكم تكون الفرقة تطليقة بائنة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان فعل القاضي ينسب اليه لنيابته عنه
كما في العنين وقوله وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما مسالة مبتداة قال ابو يوسف هو اي الثابت
باللعان تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على التابيد وهو ينافي عوده
خاطبا ولهما ان الاكذاب لما كان اقرارا بالكذب رجوع عن الشهادة والرجوع عنها يبطل حكمها ولا
منافاة بين نص التابيد والعود خاطبا لان معناه لا يجتمعان ما داما متلاعنين لانهما يكونان
متلاعنين اما حقيقة بمباشرتهما اللعان او مجازا باعتبار بقاء حكمه ولم يبق شيء بعد الاكذاب
اما حقيقة فظاهر واما حكما فلانه لما كذب نفسه وجب عليه الحد فبطلت اهلية اللعان واذا بطلت

الاهلية ارتفع حكمه فيجتمعان ولو كان القذف بولد نفى القاضي من الاب والحقه بامه وصورة اللعان
في ذلك ان يامر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله الى اخره وهو ظاهر وقوله ولان المقصود من هذا
اللعان نفي الولد حيث كان القذف به فيوفر عليه اي على الزوج مقصوده فالقضاء بالتفريق يكون
متضمنا النفي فلا يحتاج الى ان ينفي القاضي نسبه ويلحقه بامه وعن ابي يوسف ان القاضي يفرق بينهما
ويقول الزمته امه واخرجته من نسب الاب حتى لو لم يقل ذلك لم ينتف النسب عنه لانه اي نفي الولد
ينفك عنه اي عن التفريق اذ ليس من ضرورة التفريق باللعان نفي الولد كما لو مات الولد فانه يفرق بينهما
باللعان ولا ينتفي النسب عنه فلا بد ان يصرح القاضي بنفي النسب رواه بشر عن ابي يوسف فان
عاد الزوج واكذب نفسه بعد اللعان حده القاضي لاقراره بوجوب الحد عليه قال في النهاية هذا اذا لم
يطلقها تطليقة بائنة بعد القذف فانه اذا اكذب نفسه بعد القذف والبينونة لا يجب عليه الحد واللعان
اما اللعان فلان المقصود باللعان التفريق بينهما ولا يتاتى ذلك بعد البينونة فلا معنى للعان لفوات
المقصود والقذف الواحد لا يوجب حدين بخلاف ما لو اكذب نفسه بعدما التعنا لان وجوب اللعان
هناك باصل القذف والحد بكلمات اللعان فقد نسبها فيها الى الزنا وانتزع معنى الشهادة منها
باكذاب نفسه فيكون هذا نظير شهود الزنى اذا رجعوا واما فيما قلنا فلم يوجد كلمات اللعان فلهذا لا
يحد وان اكذب نفسه فلو قال انت طالق ثلثا يا زانية كان عليه الحد لانها بانت بالتطليقات الثلث
وانما قذفها بالزنى بعد البينونة فعليه الحد ولو قال يا زانية انت طالق ثلثا لم يلزمه حد ولا لعان لانه
قذفها وهي منكوحة ثم ابانها بالتطليقات وقد بينا انه بعد قذفها اذا ابانها لم يلزمه حد ولا لعان
كذا في المبسوط وقوله وحل له ان يتزوجها تكرار لقوله وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما ويجوز
ان يقال ذكر هناك تفريعا ونقل ههنا لفظ القدوري وقوله وكذلك ان قذف غيرها فحد به يعني جاز له
ان يتزوجها وقوله لما بينا يريد قوله لانه لما حد لم يبق اهلا للعان وكذا اذا زنت فحدت له ان يتزوجها
لانتفاء اهلية اللعان من جانبها فان قيل لا يجري اللعان بينهما الا انهما زوجان على صفة الاحصان والمراة
والرجل اذا زنيا بعد احصانهما يرجمان فحينئذ كان قوله فحدت معناه رجمت فبعد ذلك لا يبقى محلا
للزوج اجيب بان معنى قوله حدت جلدت وتصوير المسئلة ان تلاعنا بعد التزوج قبل الدخول ثم انها
زنت بعد اللعان فكان حدها الجلد دون الرجم لانها ليست محصنة لان من شروط احصان الرجم
الدخول بعد النكاح الصحيح ولم يوجد **قال** واذا قذف امراته وهي صغيرة اي اذا قذف الرجل
امراته وهي صغيرة او مجنونة فلا لعان بينهما لانه لا يحد قاذفها لو كان القاذف اجنبيا لعدم احصانها
لان من شرطه البلوغ والعقل فكذا لا يلاعن الزوج لقيام اللعان مقام حد القذف وكذا اذا كان الزوج
صغيرا او مجنونا لعدم الاهلية لكونه غير مخاطب وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان لانه قائم مقام حد

ولاحد عليه لانه قذف كان موجبا للعان ح

القذف

القذف وحد القذف لا يثبت الا بالصريح فكذلك اللعان وفيه خلاف الشافعي رحمه الله هو يقول اشارة الاخرس
كعبارة الناطق ولنا ان الاشارة لا تعرى عن الشبهة لكونها محتملة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان
في معنى الحدود واذا قال الزوج ليس حملك مني ظاهر والضمير في قوله لقيام الحمل عنده للقذف وقوله والقذف
لا يصح تعليقه بالشروط انما كان كذلك لان القذف مما لا يحلف به لافضائه الى بقائه الى زمان وجود الشرط
في ذمة الحالف وفي ذلك احتمال الاثبات ما يندرئ بالشبهات وان قال لها زنيت وهذا الحمل من الزنا ظاهر
وقوله وقد قذفها حاملا روي انه صلى الله عليه وسلم قال ان جاءت به اصهب اريصح حمش الساقين
فهو لهلال وفي رواية احيمر قصيرا وان جاءت به اسود جعدا جماليا فهو لشريك فجاءت به
على النعت المكروه فقال صلى الله عليه وسلم لولا الايمان التي سبقت لكان لي ولها شان ولنا ان نفي الولد
حكم من احكامه والاحكام لا تترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبلها اي قبل انفصال الولد او قبل
حصول الولادة فان قيل بل يترتب عليها قبلها كالرد بالعيب والميراث والوصية به وله اجيب بان
اللعان في حق الزوج بمنزلة الحد فلا يقام مع الشبهة بخلاف الرد بالعيب لانه يثبت مع الشبهات والارث والوصية
يتوقفان على انفصال الولد ولا يتقرر في الحال وحاصل الجواب ان قوله الاحكام لا تترتب يراد به بعضها وهو نفي
الولد منها لئلا يلزم اقامة الحد مع قيام الشبهة والحديث محمول على انه عرف قيام الحبل بطريق
الوحي بدليل ما روينا انه صلى الله عليه وسلم قال ان جاءت به كذا كان كذا ومثل ذلك لا يعرف الا بطريق الوحي و
قوله واذا نفى الرجل ولد امراته عقيب الولادة او في الحالة التي تقبل التهنية قال في النهاية على بناء المفعول لا الفاعل
لانه لو قبل الاب التهنية ثم نفى لا يصح نفيه وهو ظاهر وقوله يصح نفيه في مدة النفاس يعني اذا كان حاضرا و
لابي حنيفة رحمه الله انه لا معنى للتقدير بمدة لان الزمان للتامل لئلا يقع في نفي الولد مجازفة واحوال في ذلك مختلفة
فاعتبرنا ما يدل عليه اي على عدم النفي وهو قبوله التهنية او سكوته عند التهنية فان ذلك اقرار منه ان الولد له او ابتياعه
ما يحتاج اليه لاصلاح الولد او مضي ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي واذا وجد منه دليل القبول لا يصح النفي منه
بعده وليس فيما ذكر في الكتاب ذكر مدة معينة كما ترى وروى الحسن عن ابي حنيفة انه قدره بسبعة ايام لان
في هذه تستعد للعقيقة وانما تكون العقيقة بعد سبعة ايام ولكن هذا ضعيف لان نصب المقدار بالراي
لا يجوز وذكر في الشامل انه روي عن ابي حنيفة انه مقدر بثلثة وذلك في الضعف مثل الاول ولو كان الزوج
غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين فيجعل كانها ولدته الآن فله النفي عند
ابي حنيفة في مقدار ما تقبل فيه التهنية وعندهما في مقدار مدة النفاس بعد القدوم لان النسب لا يلزمه الا بعد العلم
به فصار حال القدوم كحال الولادة وقوله واذا ولدت ولدين في بطن واحد ظاهر وقوله والاقرار بالعفة
سابق على القذف جواب سوال يقدره ينبغي ان يجب عليه الحد لانه اكذب نفسه بعد القذف لان الاقرار الاول بثبوت
النسب باق بعد نفي الثاني فيعتبر قيام الاقرار بعد القذف باتباع الاقرار ولو وجد الاقرار بعد النفي ثبت الاكذاب

الناس ح

ووجب الحد فكذا هنا وتقرير الجواب ان الاقرار بالعفة سابق على القذف حقيقة والاعتبار بالحقيقة
فصار كما اذا اقر انها عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك لتلاعن ولا يكون ذلك كذابا فكذلك هذا والله اعلم

باب العنين وغيره

لما فرغ من وجوه احكام الاصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق ذكر في
هذا الباب احكام من به نوع مرض لها تعلق بالنكاح والطلاق لان حكم من به العوارض بعد ذكر حكم الا
صحاء والعنين هو الذي لا يقدر على اتيان النساء من عنّ اذا حبس في العنة وهي حظيرة الابل او من عنّ اذا
عرض لانه يعن يمينا وشمالا ولا فرق بين ان تقوم آلته او لم تقم وبين ان يصل الى الثيب دون البكر او الى
بعض النساء دون بعض وبين ان يكون لمرض به او لضعف في خلقته او لكبر سنه او لسحر او لغير ذلك والانتصاب
فانه عنين في حق من لا يصل اليها لفوات المقصود في حقها **قال** واذا كان الزوج عنينا واذا
كان الزوج عنينا اجله الحاكم سنة ابتداؤها من وقت الخصومة فان وصل اليها والا فرق القاضي بينهما
اذا طلبت المراة ذلك وهو قول عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وعليه فتوى فقهاء الامصار كابي حنيفة
واصحابه والشافعي واصحابه رحمهم الله ولان حقها ثابت في الوطء ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة
ويحتمل ان يكون لآفة اصلية فلا بد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة
لان العجز قد يكون لفرط رطوبة فيتداوى بما يضاده من اليبوسة او بالعكس من ذلك وكذلك بقية الطبائع
فاذا مضت ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة اصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب التسريح
باحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما قيل وينبغي ان يقدر السنة شمسية اخذا بالاحتياط
لانه ربما يكون موافقة العلاج في الايام التي يقع التفاوت فيها بين السنة القمرية والشمسية وليس بظاهر
الرواية على ما نذكره ولا بد من طلبها التفريق لانه حقها وتلك الفرقة تطليقة باينة لان فعل القاضي اضيف الى الزوج
وكانه طلقها بنفسه وقال الشافعي هو فسخ لانه فرقة من جهتها لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا بعد
التمام واما قبل تمام العقد فيقبل كما في خيار البلوغ وخيار العتق وقد تقدم وانما تقع التطليقة باينة لان
المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها لانها لو لم يكن باينة تعود معلقة بالمراجعة وهي لا تكون ذات
زوج ولا مطلقة اما الاول فلفوات المقصود وهو الوطء واما الثاني فانها تحت زوج فلا يحصل دفع الظلم
ولها كمال المهر ان كان خلا بها لان خلوة العنين صحيحة لان المراة قد سلمت البدل مع وجود الآلة فيجب
عليه البدل على ذلك قضاء عمر وعلي رضي الله عنهما حيث قالا ما ذنبهن اذا جاء العجز من قبلكم ويجب العدة
لتوهم الشغل احتياطا استحسانا لما بينا في باب المهر هذا اذا اقر الزوج بعدم الوصول اليها وان ادعاه
وانكرته فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة حقيقة وان كان مدعيا
للوصول صورة والاصل في الجبلة السلامة وكان الظاهر شاهدا له والقول قول من يشهد له الظاهر فكان
كالمودع اذا ادعى رد الوديعة القول قوله لانه منكر معنى وان كان مدعيا صورة ثم ان حلف بالله لقد اصابها

مطلب في ان الاعتبار في الاحكام للمعنى دون الصور

بطل حقها وان نكل يؤجل سنة وان كانت بكرا نظر النساء اليها فان قلن هي بكر اجل سنة وان
قلن هي ثيب يحلف الزوج لامكان ان بكارتها زالت بوجه آخر فيشترط مع شهادتهن
ليكون حجة فان حلف لا حق لها وان نكل يؤجل سنة ثم كيف يعرف انها بكر او ثيب قالوا تدفع
في فرجها اصغر بيضة من بيض الدجاج فان دخل بلا عنف فثيب والا فبكر وقيل ان امكنها
ان تبول على الجدار فبكر والا فثيب وقيل يكسر البيضة فتصب في فرجها فان دخلت فثيب والا
فبكر وقوله وان كان مجبوبا فرق بينهما في الحال ظاهر وقوله وان قلن هي ثيب حلف الزوج
حاصله ان الاراءة للنساء مرتين مرة قبل الاجل للتاجيل ومرة بعد الاجل للتخيير فان نكل
خيرت لتاييدها بالنكول اي لتايد دعوى المراة انه لم يجامعها بنكول الزوج عن اليمين وان
حلف لا تخير لبطلان حقها وان كان ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرنا بعض
قوله فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد
ذلك خيار لانها رضيت ببطلان حقها وكذا اذا قامت من مجلسها او اقامها اعوان القاضي او
اقام القاضي قبل ان تختار شيئا بطل خيارها لان هذا بمنزلة تخيير الزوج امراته وذلك يتوقف
بالمجلس فهذا مثله والتفريق كان لحقها فاذا رضيت بالاسقاط صريحا او دلالة بتاخير الاختيار
الى ان قامت او اقيمت سقط حقها فلا يطالب بعد ذلك بشيء فان اختارت الفرقة امر القاضي
الزوج بان يطلقها وان ابى فرق القاضي بينهما كما مر **قال** وفي التاجيل يعتبر السنة
في التاجيل يعتبر السنة القمرية هو الصحيح وهو ظاهر الرواية وهي ثلاثمائة واربعة و
خمسون يوما وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يعتبر السنة الشمسية وهي ثلثمائة وخمسة و
ستون يوما وجزء من مائة وعشرون جزءا من اليوم ويحتسب بايام الحيض وشهر رمضان
تعني لا يعوض عن ايام الحيض وشهر رمضان الواقعة في مدة التاجيل ايام اخر بل هي محسوبة من
مدة التاجيل وذلك لان الصحابة رضي الله عنهم قدروا مدة التاجيل بسنة ولم يستثنوا منها ايام
الحيض وشهر رمضان مع علمهم ان السنة لا تخلو عنها ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة
قد تخلو عنه اي عن المرض فلم يكن في معنى ايام الحيض وشهر رمضان فيعوض لذلك من ايام اخر وعلى
هذا فتوى المشايخ وروى عن ابي يوسف انه اذا مرض احدهما مرضا لا يستطيع الجماع معه فان
كان اقل من نصف شهر احتسب عليه وان كان اكثر منه لا يحتسب عليه وجعل بدله مكانه وكذلك الغيبة
لان شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر عليه في الليل ممنوع في النهار والنهار بدون الليل يكون
نصف شهر فتبين ان نصف الشهر محسوب عليه وعنه انهما اذا كانا صحيحين في شيء من السنة و
لو في يوم يحتسب عليه بزمان المرض وعن محمد ان مرض احدهما فيما دون الشهر يحتسب عليه

مطلب في تمييز البكر عن الثيب

بذلك وان كان المرض بحيث لا يحتسب ويزاد في مدته بقدر مدة المرض واذا كان بالزوجة عيب اي عيب كان فلا خيار
للزوج في فسخ النكاح وقال الشافعي رحمه الله ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق بفتح التاء مصدر
من كل امراة رتقا لا يستطاع جماعها لارتقاق ذلك الموضع اي لانسداده ليس لها خرق الا المبال والقرن بسكون الراء
قال في المغرب هو لحم او عظم نابت او غدة غليظة تمنع من سلوك الذكر في الفرج وامراة قرناء بها ذلك قال لان
بعض العيوب الخمسة تمنع الاستيفاء حسا او طبعا اما حسا ففي الرتق والقرن واما طبعا ففي الجذام والبرص
والجنون لان الطباع السليمة تنفر عن جماع هؤلاء وربما يسري الى الاولاد والطبع مؤيد بالشرع قال صلى الله عليه
فر من المجذوم فرارك من الاسد ولنا ان فوت الاستيفاء بالكلية بالموت لا يوجب الفسخ حتى لا يسقط شيء من مهرها
فاختلاله بهذه العيوب اولى قيل فيه ضعف لان النكاح موقت بحياتهما وهذا اي كون هذه العيوب لا توجب الفسخ لان
الاستيفاء من الثمرات وفوات الثمرة لا يؤثر في عقل الا يرى انه لو لم يستوف لتجرد او ذفر او قروح فاحشة لم يكن له
حق الفسخ وان المستحق هو التمكن وهو حاصل اما في الجذام والبرص والجنون فظاهر واما في الباقي فبالشق
والفتق وقوله عليه السلام فر من الاسد الحديث محمول على الفرار بالطلاق وكذا ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
تزوج امراة فوجد على كشحها بياضا فردها محمول على الطلاق لانه روي انه عليه السلام قال لها الحقي باهلك وهذا من
كنايات الطلاق وكذا ما روي عن عمر رضي الله عنه انه اثبت لها الخيار بهذه العيوب ومذهبنا مروي عن علي وابن
مسعود رضي الله عنهما واذا كان بالزوج جنون او برص او جذام فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد لها الخيار لانه تعذر عليها الوصول الى حقها لمعنى فيه فكان بمنزلة الجب والعنة فتتخير دفعا للضرر عنها اذ
لا طريق لها سواه بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق
الزوج وانما ثبت في الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهو الوطي لان شرعية النكاح لاجل
الوطي وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا فان قيل جعل المصنف الوطي فيما اذا كان بالمراة من العيوب الخمسة
من الثمرات ولم يثبت له خيار الفسخ وفي مسئلة الجب والعنة جعله المقصود المشروع له النكاح ويلزم من ذلك ان
يكون المقصود المشروع له النكاح وان لا يكون باعتبار الموضعين وذلك تحكم قلت هذا السؤال نشا من تفسير
المشروع له النكاح بالوطي وليس كذلك بمراد وانما المراد به التمكن كما تقدم وهما يخلان به بخلاف هذه العيوب الثلاثة

باب العدة

العدة لما كانت الفرقة بالطلاق اعقبها بذكر وجوه التفريق في باب على حدة لان الاثر يعقب
المؤثر فالعدة في اللغة ايام اقراء المراة وفي الشريعة تربص يلزم المراة عند زوال ملك المتعة متاكدا بالدخول او الخلوة
او الموت وهو اي هذا الزوال سببها وشرطها وقوع الفرقة وركنها حرمات ثابتة الى اجل منقض وعند انقضائها
كف المراة نفسها عنه فان محظور فعلها وقد عرف في موضعه قال واذا طلق الرجل امراته اذا طلق الرجل امراته طلاقا
باينا او رجعيا ولم يقل وقد دخل بها لان قوله رجعيا يغني عنه اذ الرجعة لا يكون الا في المدخول بها او وقعت الفرقة
بينهما بغير طلاق كخيار العتق وخيار البلوغ وعدم الكفاءة وملك احد الزوجين الاخر والفرقة في النكاح الفاسد وهي

حرة ممن تحيض فعدتها ثلاثة اقراء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء وهو في عدة الطلاق
ظاهر المراد يدل عليها بعبارته واما الفرقة بغير طلاق فهي في معناه لان العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في
الفرقة الطارية على النكاح وهذا اي التعرف عن براءة الرحم يتحقق فيهما اي في الفرقة بغير طلاق فهي في معناه لان العدة
وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة بغير طلاق والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي الاطهار واللفظ حقيقة فيهما
فكان من الالفاظ المشتركة بين الاضداد كذا قال ابن السكيت ولا يمكن ان يثبتا ولهما جملة للاشتراك فان اللفظ
الواحد عندنا لا يدل على معنيين مختلفين حقيقيين او حقيقة ومجاز على ما عرف في الاصول ولا بعد في ان
يكون تعرض المصنف بكونه من الاضداد اشارة الى نفي قول من يقول انه مجاز في احدهما لانه لا بد للمجاز من العلاقة
وكونه من الاضداد ينفيها وهذا ايضا مما عرف في الاصول فلا بد من الحمل على احدهما والحمل على الحيض اولى لمعان
احدها العمل بلفظ الجمع لفظ القرء فانه قرء بالفتح والضم ووجهه ان اقل الجمع ثلاثة وذلك انما يتعلق بهذا الحمل
على الحيض لا على الطهر لان الطلاق موقع في طهر وهو السنة ثم هو محسوب من الاقراء عند من يقول بالاطهار
فيكون حينئذ مدة عدتها قرئين وبعض الثالث ولفظ الثلاثة في قوله تعالى ثلاثة قروء خاص لكونه وضع لمعنى معلوم على
الانفراد وهو لا يحتمل النقصان وهذا ايضا مما عرف في الاصول وقد قررناه في الانوار والتقرير بحلاف ما اذا ابل
بالقرء الحيض فانه تكمل ثلاثا والثاني ان الحيض معرف لبراءة الرحم لان براءتها انما تظهر بالحيض لا بالطهر لان الحمل
طهر ممتد فيجتمعان فلا يحصل التعرف بانها حامل او حايل وهو اي التعرف هو المقصود والثالث قوله عليه السلام
وعدة الامة حيضتان والرق انما يؤثر في التنصيف لا في النقل من الطهر الى الحيض فيلتحق بيانا به اي فيلتحق
هذا الخبر بالمشترك من الكتاب بيانا وان كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلاثة اشهر لقوله تعالى واللائي يئسن
من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر وكذا التي بلغت بالسن اي خمسة عشر سنة باخر
الاية وهو قوله تعالى واللائي لم يحضن عطف اللائي لم يحضن على اللائي يئسن وجعل لهما جزاء واحدا وفي هذا
دلالة ظاهرة على ان الاصل في العدة الحيض والشهور بدل عنها حيث جعل الاشهر عدة بشرط عدم المحيض كما
في قوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لقوله تعالى واولات الاحمال ان يضعن
حملهن وقوله فان كانت امة ظاهر وقوله وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشر لقوله تعالى والذين يتوفون
منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا نسخ قوله تعالى وصية لازواجهم متاعا الى
الحول غير اخراج والمستدل عليه بما روي ان المتوفى عنها زوجها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستاذنه في الاكتحال
فقال صلى الله عليه وسلم كانت احداكن في الجاهلية اذا توفي عنها زوجها قعدت في شر احلاسها في بيتها حولا ثم خرجت
فرمت كلبة ببعرة افلا اربعة اشهر وعشرا فسقط استدلال من يقول لها عدتان طويلة وهي الحول والقصرى
وهي اربعة اشهر وعشر وان الاولى هي العدة الكاملة وان الثانية رخصة وعدة الامة شهران وخمسة ايام لما
عرف من غير مرة ان الرق منصف وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لاطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن

ان يضمن ذ وهو مذهب عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وكان علي رضي الله عنه يقول تعتد بابعد الاجلين اما بوضع الحمل واما باربعة
اشهر وعشر ايهما كان ابعد لان قول الله تعالى واولات الاحمال اجلهن الآية يقتضي الاعتداد بوضع الحمل وقوله يتربصن بانفسهن
يوجب الاعتداد باربعة اشهر وعشر فيجمع بينهما احتياطا وقلنا قال عبد الله بن مسعود من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى
يعني سورة يا ايها النبي اذا طلقتم النساء الى آخرها نزلت بعد التي في سورة البقرة يريد ان قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن
متاخر عن قوله تعالى يتربصن بانفسهن فيكون ناسخا في ذوات الاحمال وقال عمر رضي الله عنه لو وضعت وزوجها
على سريره لانقضت عدتها وحل لها ان تتزوج قال واذا ورثت المطلقة في المرض عدة المطلقة بطلاق الفار
اذا كان باينا وثلاثا ابعد الاجلين ان تعتد باربعة اشهر وعشرا فيها ثلث حيض حتى لو اعتدت باربعة اشهر وعشر
ولم تحض كانت في العدة ما لم تحض ثلث حيض ولو حاضت ثلث حيض قبل تمام اربعة اشهر لا تنقضي عدتها حتى يتم المدة
عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف ثلث حيض واما اذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالاجماع لابي يوسف ان
النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق لان الكلام في الطلاق البائن وهو قاطع للنكاح بلا خلاف ومن انقطع نكاحها بالطلاق
لزمها ثلث حيض لان عدة الوفاة مختصة بمن زال نكاحها بالوفاة وهذه ليست كذلك فان قيل لو كان كذلك لما بقي
في حق الارث اجاب بقوله الا انه بقي في حق الارث يعني بالدليل الدال عليه فورثناها لا في حق تغيير العدة بخلاف الطلاق
الرجعي لان النكاح باق من كل وجه لما تقدم ولهما انه لما بقي في حق الارث يجعل باقيا في حق العدة وبين ذلك
بقوله احتياطا وبيانه انا اعطيناها الميراث باعتبار ان النكاح بمنزلة القائم بينهما حكما الى وقت الموت وباعتبار
اقامة العدة مقام اصل النكاح حكما اذ لا بد للميراث من قيام السبب عند الموت والميراث لا يثبت بالشك والعدة
تجب به فاذا جعل النكاح في حكم الميراث كالمنتهي بالموت حكما ففي حكم العدة اولى وسبب وجوب العدة عليها
بالحيض متقرر حقيقة فالزمناها الجمع بينهما احتياطا وقوله ولو قتل على ردته جواب عما استدل به ابو يوسف
فقال الا يرى ان المرتد اذا مات او قتل على ردته ترثه زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة بالاجماع لان زوال
النكاح كان بردته لا بموته فكذلك زوال النكاح ههنا بالطلاق البائن لا بالموت وتقريره ان ذلك ايضا على
هذا الاختلاف عندهما تعتد بابعد الاجلين فلا ينتهض دليلا وقيل عدتها بالحيض بالاجماع وعذرهما
عن ذلك ما ذكر في الكتاب ان النكاح ما اعتبر باقيا الى وقت الموت في حق الارث لانها عندنا مسلمة والمسلمة لا
ترث الكافر ولكن يستند استحقاق الارث الى وقت الردة وذلك السبب لزمها العدة بالحيض فلا
يلزمها عدة الوفاة وههنا استحقاق الميراث عند الموت لا عند الطلاق فعرفنا ان النكاح كالقائم بينهما
الى وقت الموت حكما وقوله فان اعتقت الامة في عدتها ظاهر واعترض بان العدة حكم زوال الزوجية
حكم الزوال يثبت عند الزوال فينبغي ان لا تتحول العدة في الرجعي ايضا لانها عند الزوال امة ولهذا يعتد
من وقت الطلاق واجيب بانها انما تحولت لان سببها وهو الزوال متردد فكانت مترددة لتردد سببها
فتغيرت بهذا فيتحول بالموت من الاقراء الى الشهور بخلاف البائن فان سببه ليس بمتردد فلم يتحول العدة

بالعتق

بالعتق وقوله وان كانت آيسة ظاهر وقوله اذا رأت على العادة يعني ان رأت دما سائلا وكان
محمد بن ابرهيم الميداني يقول ان رأت دما سائلا كما كانت تراه في زمان حيضها فهو حيض وان
رأت بلة يسيرة لم يكن حيضا بل ذلك من نتن رحمها فكان فاسدا لا يتعلق به حكم الحيض وقوله
لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح قيد بالصحيح احترازا عن قول محمد بن مقاتل الرازي
فانه كان يقول هذا لم يحكم باياسها فاما اذا انقطع الدم عنها زمانا حتى حكم باياسها وكانت ابنة
تسعين سنة او نحوها فرأت الدم بعد ذلك لم يكن حيضا وقوله تحرزا عن الجمع بين البدل و
المبدل منقوض بمن صلى بوضوء ثم سبقه الحدث ولم يجد ماء فانه يبني بالتيمم وكذلك اذا عجز عن
الركوع والسجود يومي وفي ذلك جمع بين البدل والمبدل واجيب بان البدلية اما ان يعتبر في الصلوة
او في الطهارة وكلاهما صحيح اما الاول فلان الصلوة بالتيمم ليست ببدل عن الصلوة بالوضوء
وكذلك الصلوة بالايماء ليست ببدل عن الصلوة بالركوع والسجود ولان بعض الشيء لا يكون بدلا
عن كله واما الثاني فلان الطهارة وان كانت فيها البدلية لكن لا جمع بينهما لان احدى الطهارتين
لا يكمل بالاخرى واما العدة بالشهور فبدل عن الحيض واكمال البدل بالاصل جمع بينهما قال
والمنكوحة نكاحا فاسدا المنكوحة نكاحا فاسدا كالمنكوحة بغير شهود باتفاق علمائنا والمحرمة
اذا نكحها المحرم عالما بحرمتها عند ابي حنيفة رح والموطوءة بشبهة وهي التي زفت اليه غير زوجها فوطئها
عدتهما الحيض في الفرقة والموت جميعا لانها اي لان عدتهما للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح
اذ لا حق للنكاح الفاسد والوطي بشبهة والحيض هو المعرف ولا تفرقة في ذلك بين الفرقة والموت
فان قيل فعلى هذا وجب ان يكتفي بحيضة واحدة او اشهر كما في الاستبراء وليس كذلك اجيب بانها انما
كانت ثلث حيض الحاقا للشبهة بالحقيقة فان احكام العقد الفاسد ابدا يؤخذ من حكم الصحيح كما
في البيع الفاسد والاجارة الفاسدة فانهما مفيدان افادة الصحيح الا ان ثبوت الملك يتوقف على القبض
لوهاء فيه وكذلك يثبت اجر المثل دون المسمى لذلك وههنا ايضا لم يثبت عدة الوفاة لوهاء فيه فان
عدة الوفاة لزيادة اظهار التاسف لفوت نعمة النكاح والنعمة في النكاح الصحيح دون الفاسد فلذلك
اختصت بالصحيح ولكن لما كان فيه جهة النكاح الحق بالصحيح في اعتبار مدة العدة احتياطا واذا
مات مولى ام الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلث حيض وقال الشافعي رحمه الله حيضة واحدة وهو مروي
عن ابن عمر رضي الله عنهما قال عدتها اثر ملك اليمين لانها تجب بزواله فكانت كالاستبراء ولهذا لا يختلف
بالحيوة والوفاة ولنا انه اثر زوال الفراش لانها تجب به فكانت كعدة النكاح وفيها لا تكتفي بحيضة واحدة
والقياس على الاستبراء ضعيف لان سببه استحداث الملك وسببها زوال الفراش ولا مناسبة بينهما واما ما
عن عمر رضي الله عنه فانه قال عدة ام الولد ثلث حيض وهو المروي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما وان

كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة اشهر كما في النكاح وقوله واذا مات الصغير عن امراته وقوله كالحادث
بعد الموت يعني بان تضع بعد الموت لستة اشهر فصاعدا من يوم الموت عند عامة المشايخ وقال
بعضهم بان تاتي لاكثر من سنتين قال في النهاية والاول اصح وتفسير قيام الحبل عند الموت ان تلد لاقل
من ستة اشهر من وقت الموت كذا في الفوائد الظهيرية ولهما قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان
يضعن حملهن من غير فصل من ان يكون الحمل من الزوج او من غيره في عدة الطلاق والوفاة
وقوله ولانها مقدرة دليل معقول لهما وتقريره عدة الوفاة مقدرة بمدة وضع الحمل في اولات الا
حمال قصرت المدة او طالت لقضاء حق النكاح لا للتعرف عن فراغ الرحم وهذه مقدمة و
هذا المعنى يعني قضاء حق النكاح يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه وهذه اخرى وهي واضحة
وبين الاولى بقوله لشرعها لما شرع عدة الوفاة بالاشهر مع وجود الاقراء يعني لو كانت للتعرف
عن فراغ الرحم لم تشرع بالاشهر لان الحيض هو المعرف على ما مر وفيه بحث لان الضمير في قوله
لشرعها اما ان يعود الى عدة الوفاة في اولات الاحمال او اليها مطلقا ولا سبيل الى الاول لان الحامل لا
تحيض عندنا ولا الى الثاني لان المدعى عدة الوفاة في الحامل ولا يلزم من ان لا يكون للتعرف عن
فراغ الرحم في غير الحامل ان لا يكون له فيها لان نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم والجواب ان الضمير
يعود الى عدة الوفاة مطلقا يعني ان عدة الوفاة شرعت لقضاء حق النكاح لا للتعرف لا في اولات
الاحمال ولا في غيرها لانها شرعت بالاشهر مع وجود الاقراء المعرفة والدليل اذا كان اعم من
المدلول كان اتم فايدة وكون نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم غير معتبر وعدم الاعتبار
ليس اعتبارا للعدم كما عرف وقوله بخلاف الحمل جواب عن قوله فصار كالحادث بعد الموت يعني
انما كانت عدتها بالشهور لانا حكمنا بفراغ رحمها عند الموت والزمنا العدة بالشهور حقا
للنكاح بانها للتربص ولا يتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه لما وجبت العدة وجبت مقدرة
بمدة الحمل لانها عدة اولات الاحمال بالنص فافترقا اي الحمل القائم عند الموت والحادث بعده
فان قيل اذا مات الرجل ولم يكن المراة حاملا فقد الزمناها العدة بالشهور ثم اذا ظهر الحمل
يكون عدتها بوضع الحمل فقد تغيرت العدة بحدوث الحمل اجاب بقوله ولا يلزم امراة الكبير
اذا حدث بها الحبل بعد الموت لان النسب يثبت منه فكان اي الحمل كالقائم عند الموت حكما تبعا
لحكم شرعي آخر وهو ثبوت النسب لان النسب بلا حمل لا يثبت وحيث ثبت ههنا لا بد له من حمل فجعل
كالقائم حكما وفي امراة الصغير لما لم يثبت النسب لم يحتج الى جعل النسب قائما عند الموت فكان
الحمل مضافا الى اقرب الاوقات فكان ابتداء عدتها بالاشهر لا محالة ولا يثبت النسب في الوجهين
يعني في وجهي مسئلة الصغير وهما وجود القائم عند الموت ووجود الحادث بعده لان الصبي
لا ماء له فلا يتصور منه العلوق فان قيل النكاح موجود فيقام مقام الماء لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش
اجاب بقوله والنكاح يقام مقامه اي مقام الماء في موضع التصور وقوله واذا طلق الرجل امراته ظاهر
قال واذا وطئت المعتدة بشبهة اذا وجبت على المراة عدتان فاما ان يكونا من رجلين او من
رجل واحد فان كان الثاني كما اذا طلقها ثلاثا وتزوجها في العدة ووطئها او وطئ المطلقة ثلاثا وقال
ظننت انها تحل لي او طلقها بالفاظ الكناية فوطئها في العدة فلا اشكال ان العدتين تداخلان وان كان الاول
فاما ان يكونا من جنسين كالمتوفى عنها زوجها اذا وطئت بشبهة كما سيجيء او من جنس واحد كالمطلقة
اذا تزوجت في عدتها فوطئها الثاني وفرق بينهما تداخلان عندنا ويكون ما تراه من الحيض محتسبا منهما
جميعا واذا انقضت العدة الاولى ولم يكمل الثانية فعليها اتمام العدة الثانية وصورة ذلك ان الوطء الثاني اذا
كان بعدما رات المراة حيضة يجب عليها بعد الوطء الثاني ثلث حيض ايضا والحيضتان سوى عن اربع حيض
حيضتان للاولى وحيضتان للثانية والثالثة عن الوطء الثاني خاصة وان لم يكن رات شيئا فليس عليها الا ثلث
حيض وهي تنوب عن ستة حيض وقال الشافعي رحمه الله لا تتداخلان لان المقصود من العدة العبادة
اي عبادة الكف عن التزوج والخروج ولا تداخل في العبادات كالصومين في يوم واحد فان العدة كف
عن التزوج والخروج كما ان الصوم كف عن قضاء الشهوتين فكما لا تداخل في الصوم فكذا في العدة و
لنا ان المقصود من العدة التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل التعرف بالعدة الواحدة فيتداخلان قوله ومعنى
العبادة تابع جواب عن قوله لان المقصود هو العبادة والدليل على ان معنى العبادة في العدة تابع ان ركنها
حرمة الازدواج والخروج قال الله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح الآية وقال ولا يخرجن الآية وموجب النهي
التحريم واذا كان ركنها الحرمة والحرمات يجتمع كصيد الحرم للمحرم حرام للاحرام والحرم وكالخمر فيمن
حلف لا يشربها وهو صايم فانها حرام له لصومه ولكونه خمرا وليمينه بخلاف الصوم فان ركنه الكف لقوله تعالى ثم
اتموا الصيام الى الليل ولن يجتمع الامساكان في يوم واحد واستوضح المصنف رحمه الله تبعية العبادة
بقوله الا ترى انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف يعني عن الخروج والعبادة لا يتحقق اداؤها بدون
ركنها واعترض بانها لو كانت للتعرف عن فراغ الرحم لم يجب على الصبية والآيسة لعدم الشغل بها ولا على
المتوفى عنها زوجها لان زوجها لا يحتاج الى ذلك واللوازم باطلة فكذلك الملزومات سلمنا ان المقصود ذلك
لكن لا نسلم جواز التداخل والجواز التداخل في افراد عدة واحدة لحصول المقصود ونفي ضرر تطويل العدة
عنها واجيب عن الاول بان الصبية التي يحتمل الوطء والآيسة يحتملان العلوق فدار الحكم على دليل الشغل
وهو الوطء لان العدة يكتفى في ايجابها بتوهم الشغل وان كان على خلاف العادة والمتوفى عنها زوجها الحاجة
فيها الى التعرف قائمة صيانة لماء الزوجين عن الاختلاط لان ماء الاول محترم في نفسه كماء الثاني وعن الثاني
بانا لا نسلم الملازمة لان التعرف بحيضة واحدة ليس كالتعرف بثلث حيض في حصول المقصود لان المقصود
٨٧

من الأولى تعرف الفراغ ومن الثانية اظهار خطر النكاح فرقا بينه وبين الاستبراء ومن الثالثة اظهار شرف
الحرية وهذا المقصود لا يحصل بالحيضة الواحدة وفيه نظر لان المصنف لم يعلل الا بالتعرف عن فراغ الرحم
فكان السؤال واردا عليه وقوله والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور ظاهر قال في المبسوط
لو تزوجت في عدة الوفاة فدخل بها الثاني ففرق بينهما فعليها بقية عدتها من الاول تمام اربعة اشهر و
عشر وعليها ثلث حيض للآخر ويحتسب ما حاضت بعد التفرق من عدة الوفاة ايضا **قال** وابتداء
العدة في الطلاق عقيب الطلاق وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة لان سبب
وجوب العدة الطلاق والوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب فان لم تعلم بالطلاق والوفاة
حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها قال محمد اذا فارق الرجل امرأته زمانا ثم قال لها كنت طلقتك
منذ كذا والمرأة لا تعلم بذلك لها ان تصدقه وتعتبر عدتها من ذلك الوقت ومشايخنا يريد علماء بخارا
وسمرقند رحمهم الله يفتون في الطلاق ان ابتداؤها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة لجواز ان يتواضعا
على الطلاق وانقضاء العدة ليصح اقرار المريض لها بالدين ووصيته لها بشئ او يتواضعا على انقضاء العدة
لان يتزوج اختها او اربعا سواها وقال في الذخيرة اختيار مشايخنا انه تجب العدة من وقت الاقرار عقوبة
عليه جزاء على كتمان الطلاق حتى لا يتزوج اختها واربع سواها زجرا له على الكتمان لكن لا تجب لها نفقة العدة
والسكنى لان ذلك حقها وقد اقرت بسقوطه والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق بان يحكم الحاكم بالتفريق
بينهما او عزم الواطى على ترك وطئها والعزم امر باطن لا يطلع عليه وله دليل ظاهر وهو الاخبار بذلك بان
يقول تركت وطئها ويكفي معناه فيقام مقامه ويدار الحكم عليه وقال زفر من آخر الوطئات لان الوطئ هو
السبب الموجب للعدة اذ لو لم يطأها لم يجب عليها العدة ولنا ان كل وطئ وجد في العقد وتقريرها القول بالموجب
وهو ان يقال سلمنا ان الوطئ هو السبب الموجب لكن جميع الوطئات التي توجد بالعقد الفاسد بمنزلة وطئة
واحدة لاستناد الكل الى عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد واذا كان كذلك لم يثبت آخر وطئه ترتب
عليها العدة الا بالتفريق والعزم لانه قبل ذلك جاز ان يوجد غيره فلا يكون ما فرضناه آخر الوطئات آخرها
وتحريرها هذه النكتة العدة لا تثبت الا بآخر وطئة وآخر وطئة لا يوجد الا بالتفريق او العزم فالعدة لا تثبت
الا بالتفريق او العزم اما انها لا تثبت الا بآخر وطئة فبالاتفاق بيننا وبين الخصم واما آخر وطئة لا توجد الا
بالتفريق والعزم فلما قال مع جواز وجود غيره وقوله ولان التمكن على وجه الشبهة دليل آخر وتقريره ان
الوطئ امر خفي له سبب ظاهر وهو التمكن من الوطئ على وجه الشبهة وكل امر خفي له سبب ظاهر يقام السبب مقامه
ويدار الحكم عليه فالتمكن من الوطئ على وجه الشبهة يقوم مقام حقيقة الوطئ واذا قام مقامه [illegible] والتمكن باقيا كان
الوطئ باقيا فلا يتعين آخر الوطئات اذا التمكن باق بعد كل وطئة فرضت فلا بد من المتاركة او العزم
لبرتفع التمكن فيعتبر آخر الوطئات فان قلت لا نسلم ان حقيقة الوطئ امر خفي لان الحاجة الى معرفة العدة

انا هي للزوجين وحقيقة الوطئ ليست بخفية بالنسبة اليهما قلت قد اشار الى الجواب بقوله ومساس الحاجة الى
معرفة الحكم في حق غيره اي غير الواطئ وهو الذي يريد ان يتزوجها وقيل وكذا اخت الموطوءة واربع سواها
ولا خفاء في خفاء مفهوم كلام المصنف في النكتتين ولم اجد في الشروح ما يطابق مقصوده فذكرت
ما خطر لي بعد جهد المقل دموعه وقوله واذا قالت المعتدة انقضت عدتي ظاهر وقوله كالمودع
يعني اذا قال هلكت الوديعة او قال رددتها وانكر المودع ذلك فان القول قوله مع يمينه لانه امين
وما على الامين الا اليمين **قال** واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا قال في النهاية هذه من المسائل
المعروفة التي ذكرها في التتمة والذخيرة وغيرهما هي كلها مبنية على اصل واحد وهو ان الدخول في النكاح الاول
هل يكون دخولا في النكاح الثاني ام لا فعند محمد لا يكون وعندهما يكون وصورة المسئلة المذكورة في الكتاب
ظاهرة ووجه قول محمد انه طلاق قبل المسيس والخلوة الصحيحة وكل طلاق يكون كذلك لا يوجب كمال المهر
ولا استيناف العدة فان قيل فعلام يجب عليها اكمال العدة الاولى انما وجب بالطلاق الاول الا انه لم يظهر
حالة التزوج الثاني لعدم اختلاط المياه فاذا طلقها ثانيا بلا دخول صار النكاح الثاني كالمعدوم فيجب عليها
اكمال العدة الاولى كما لو اشترى ام ولده اي منكوحته التي ولدت منه ثم اعتقها فانه يجب عليها ثلث حيض
حيضتان من النكاح يجتنب فيهما ما يجتنب المنكوحة من الخروج والتزين وحيضة من العتق لا
يجتنب فيها لانها لما اشتراها فسد النكاح ووجبت العدة الا يرى انه لا يجوز ان يزوجها وانما لم يظهر
حكم العدة في حقه لمانع وهو ملك اليمين فاذا زال المانع ظهر حكم العدة في حقه ايضا فوجبت حيضة اخرى
وهما يعتبران من الاعتاق ايضا ويلزمها الاحداد واما الثالثة فانما تجب من العتق خاصة فلا يلزمها
الاحداد ولهما انها مقبوضة في يده حقيقة بالوطئة الاولى وبقي اثره اي والحال انه بقي اثره اي اثر الوطئ
وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة ناب الدخول في النكاح الاول ناب في كل القبض الذي كان بالدخول
مناب القبض اي الدخول المستحق في هذا النكاح فاذا طلقها صار كانه طلقها بعد الدخول في النكاح
الثاني فيجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة فان قيل لو كان الطلاق بعد النكاح الثاني كالطلاق
بعد الدخول لكان صريحا معقبا للرجعة كالطلاق الصريح بعد الدخول وليس كذلك فان الواقع بائن
اجيب بانه ليس طلاقا بعد الدخول وانما هو كالطلاق بعد الدخول والمشابه للشئ لا يلزم ان يساويه في
جميع الوجوه الا يرى ان الخلوة كالدخول في حق تكميل المهر ووجوب كمال العدة لا فيما سواهما حتى
لو طلقها بعد الخلوة كان الواقع بائنا وشبهه بالغاصب يشتري المغصوب وهو واضح وقوله
توضيح بعد ان لا طلاق بعد الدخول تشبيه لا تحقيق بدليل قوله قبله ناب في كل القبض عن القبض المستحق
وقول زفر على ما ذكره واضح وقوله وجوابه قلنا اشارة الى قوله واكمال العدة الاولى والى قوله ولهما انها
مقبوضة في يده الى آخره واذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا اذا خرجت الحربية الينا مراغمة

أجاب بقوله واكمال العدة الاولى ح

٨٨

على نيته ان لا يعود الى دار الحرب بدا بقال راغم فلان قومهم اذا نابذهم وخرج عنهم والاسلام
ليس بشرط قال الامام التمرتاشي اذا خرج احد الزوجين الينا مسلما او ذميا او مستامنا
ثم اسلم او صار ذميا والاخر على حربه ثم فقد زالت الزوجية ثم ان كانت المراة هي الخارجة
فلا عدة عليها وانما قيد المصنف بقوله مسلمة بيانا لاحسن حالاتها فان تزوجت جاز
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليها وعلى الذمية العدة اما الذمية فالاختلاف فيها نظير
الاختلاف في نكاحهم محارمهم يعني كما ان نكاح المحارم فيما بينهم صحيح عنده اذا كان معتقدهم
ذلك حتى لا يتعرض لهم كذلك الذمية المطلقة لا عدة عليها من الكافر اذا كان معتقدهم ذلك
وقد بيناه في كتاب النكاح يعني في باب نكاح اهل الشرك واما المهاجرة فوجه قولهما ان
الفرقة لو وقعت بينهما بسبب آخر كالطلاق وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف
ما اذا هاجر وتركها في دار الحرب لعدم تبليغ احكام الشرع اياها وله قوله تعالى ولا جناح
عليكم ان تنكحوهن نفي الجناح في نكاح المهاجرات مطلقا فتقييده بما بعد انقضاء العدة زيادة
على النص وقوله حيث وجبت حق معقول وتحريره العدة حيث وجبت كان فيها حق العبد
لانها تجب صيانة لما يحترم ولهذا لا تجب قبل الدخول ولا حق للحربي لانه ملحق بالجماد حتى
كان محلا للتملك وقوله الا ان يكون حاملا يجوز ان يكون استثناء من قوله والحربي ملحق
بالجماد يعني لان معناه والحربي لا حق له الا ان يكون امراته حاملا لان في بطنها ولدا ثابت
النسب والحمل الثابت النسب امنع من احتماله الا يرى ان ام الولد اذا كانت حاملا لا يزوجها مولاها
واذا كانت حائلا جاز له ذلك وهذا لان الولد اذا كان ثابت النسب كان الفراش قائما فنكاحها
يستلزم الجمع بين الفراشين ولا كذلك اذا لم يكن ولقائل ان يقول قوله تعالى ولا جناح عليكم ان
تنكحوهن مطلق لا يفصل بين الحامل والحائل فتقييده بالحائل زيادة على النص فلا يجوز كما
قلتم بالنسبة الى العدة والجواب ان قوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين
ماءه زرع غيره مشهور تلقته الامة بالقبول فيجوز بها الزيادة بخلاف العدة فانه ليس فيها
مثله وروى الحسن عن ابي حنيفة انها ان تزوجت صح نكاحها ولا يطأها كالحبلى من الزنا و
الاول وهو ان لا يجوز نكاح المهاجرة الحامل اصح لثبوت نسب الحمل بخلاف حبلى من الزنا
لانه لا نسب له فصل لما ذكر نفس وجوب العدة وكيفية الوجوب وعلى من يجب
وعلى من لا يجب ذكر في هذا الفصل ما يجب على المعتدات ان يفعلنه وما لا يجب قال ابنت طلاق
المراة وابتها والمبتوتة المراة واصلها المبتوت طلاقها والمراد بالمبتوتة من انقطع عنها حق
الرجعة وهي يقع على ثلث وهي المختلعة والمطلقة بتطليقة باينة وعلى المبتوتة والمتوفى عنها

والمطلقة ثلاثا

زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد وهي ترك زينتها وخطابها بعد وفاة زوجها واصل الحد
المنع يقال احدت احدادا فهي محدة منعت نفسها وحدت تحد حدادا اما المتوفى عنها فلقوله
لا يحل لامراة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلاث ايام الا على زوجها اربعة اشهر
وعشرا وفي وجه الاستدلال به اشكال لان مقتضاه احلال الاحداد للمتوفى عنها زوجها لكون
الاستثناء من التحريم والاستثناء من التحريم احلال وليس الكلام فيه وانما هو في الايجاب وقال
وفي النهاية يمكن ان يقال قوله عليه السلام لا يحل نفي الاحلال الاحداد ونفي احلال الاحداد نفي الا
نفسه فحينئذ كان في المستثنى اثبات الاحداد لا محالة فكان تقرير الحديث لا تحد المراة
على ميت فوق ثلاثة ايام الا المتوفى عنها زوجها فانها تحد اربعة اشهر وعشرا فكان هذا
حينئذ اخبارا باحداد المتوفى عنها زوجها فكان واجبا لان اخبار الشارع آكد من الامر
وهذا انسب ما وجدت في الشروح فان قيل الاحداد هو التاسف على فوت النعم وذلك مذموم
قال الله تعالى لكيلا تاسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم فكيف صار واجبا بالخبر معارضا للكتاب
اجيب بان المراد بما في الكتاب فرح خاص واسى خاص وهو الفرح والاسى مع الصياح هكذا روى
عن ابن مسعود رضي الله عنه واما وجوب الاحداد على المبتوتة فمذهبنا وقال الشافعي لا احداد
عليها لانه وجب اظهارا للتاسف على فوت زوج وفى بعهدها الى مماته وهذا قد اوحشها بالابانة
فلا تاسف على فوته ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال
الحناء طيب رواه ام سلمة رضي الله عنها ولم يفصل بين معتدة الوفاة وغيرها وفي معناه ما روى
الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى حماد عن ابراهيم النخعي قال المطلقة والمختلعة والمتوفى عنها
زوجها والملاعنة لا يختضبن ولا يتطيبن ولا يلبسن ثوبا مصبوغا ولا يخرجن من بيوتهن و
ابراهيم ادرك عصر الصحابة وزاحمهم في الفتوى فيجوز تقليده قوله فلانه وجب دليل معقول ويجوز
ان يكون بيانا لالحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها بطريق الدلالة وتقريره ان النص ورد في
وجوب الاحداد على المتوفى عنها زوجها بلا خلاف ومناط حكمه اظهار التاسف على فوت نعمة النكاح
الذي هو سبب لصونها وكفاية لمونتها والابانة اقطع لها من الموت حتى كان لها ان تغسله ميتا قبل
الابانة فكان الحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها كالحاق ضرب الوالدين بالتافيف فان قيل ان تم هذا في
المطلقة لم يتم في المختلعة لانها قد افتدت نفسها برضاها لطلب الخلاص منه فكيف تتاسف فالجواب ان الاحكام
انما يعتبر بالموضوعات الاصلية وفوات نعمة النكاح مما يوجب التاسف بوضعه فلا معتبر بصورة النقض
صدرت من ناقصات العقل والدين لا يقال لو كان الحداد لما ذكرتم لوجب على الازواج ايضا لان
نعمة النكاح مشتركة بينهما لانا نقول النص لم يرد الا في الزوجات والازواج ليسوا في معناهن لكونهم

ادنى منه في نعمة النكاح لما فيه من صيانتهن لانهن لحم على وضم ودرور النفقة عليهن لكونهن
ضعايف عن الكسب عواجز عن التقلب ولا كذلك الازواج وقوله فالحداد ويقال الاحداد تعريف
للحداد وكان موضعه ورا الكلام واتى بجامع الصغير لان لفظه يخالف لفظ القدوري وفي الوضع
اشارة الى ان العذر هو التداوي لا الزينة وقوله والمعنى فيه اي ايجاب ترك الطيب والزينة وجهان
احدهما ما ذكرناه من اظهار التاسف والثاني ان هذه دواعي الرغبة فيها لان المراة اذا كانت متزينة
متطيبة يزيد رغبة الرجل فيها وهي ممنوعة عن النكاح ما دامت في عدة الوفاة والطلاق
فيجتنبها كيلا يصير ذريعة اي وسيلة الى الوقوع في المحرم وهو النكاح وقد صح ان النبي صلى الله
عليه وسلم لم ياذن للمعتدة في الاكتحال وروي عن ام سلمة رضي الله عنها قالت جاءت امراة الى رسول الله عم
وقالت ان زوج ابنتي توفي وقد اشتكت عينها افنكحلها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مرتين
او ثلثا وقوله والمراد الدواء يعني ينبغي ان يكون مرادها بالاستعمال الدواء لا الزينة وقوله لما روينا
اشارة الى قوله عم الحناطيب قال ولا حداد على كافرة هذا بيان من لا يجب عليها الحداد وهن
خمس الكافرة والصغيرة وام الولد والمعتدة عن نكاح فاسد والمطلقة الرجعية ولم يذكرها في هذا الموضع
لكونها معلومة مما تقدم اما الكافرة وهي الكتابية فلانها غير مخاطبة بحقوق الشرع والحداد من حقوقه
اشار الى ذلك قوله عم لا يحل لامراة تؤمن بالله واليوم الاخر واما الصغيرة فلان الخطاب موضوع
عنها وذكر الامة في ثنا هولاء استطرادا وهو ظاهر واما ام الولد والمعتدة عن نكاح فاسد
فلان كل واحد منهما ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التاسف والاصل هو الاباحة في الزينة لا سيما في النساء
قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده فان قيل قد ذكر المصنف ان وجوب الحداد لاظهار
التاسف وكون هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها فان فات الاول في ام الولد والمعتدة عن فاسد
فالثاني موجود فيهما لانهما ممنوعان عن النكاح حال قيام عدتهما فكان ينبغي ان يجب الحداد عليهما للوجه
الثاني اجيب بان الوجه الثاني حكمة وليس بعلة لما ذكرنا من دوران وجوب الحداد على فوات نعمة النكاح و
الحكم يدور على العلة دون الحكمة واريد ان قوله والاباحة الاصل اشارة الى الجواب عن هذا السوال ووجهه
انه لما فات فيهما احد الوجهين عارضته الاباحة الاصلية الوجه الاخر فلم يثبت الحرمة ولا ينبغي ان يخطب
المعتدة لقوله ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله ولا باس بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى ولا
جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا
معروفا وقال صلى الله عليه وسلم السر النكاح وعلى هذا التفسير كانت الاية دليلا على الحكمين جميعا والتعريض
ان يذكر شيئا يدل به على شيء اخر وقد فسره ابن عباس رضي الله عنهما في الخطبة على ما ذكره في الكتاب
ومعنى قوله اكننتم في انفسكم اي سترتم في قلوبكم فلم تذكروه بالسنتكم لا معرضين ولا مصرحين

والمستدرك بقوله ولكن لا تواعدوهن محذوف تقديره علم الله انكم ستذكرونهن فاذكروهن ولكن
لا تواعدوهن سرا اي وطئا لانه مما يسر الا ان تقولوا قولا معروفا وهو ان تعرضوا ولا تصرحوا و
الاستثناء يتعلق بلا تواعدوهن اي لا تواعدوهن مواعدة قط الا مواعدة معروفة كذا في الكشاف
وقد فسر القول المعروف سعيد بن جبير بما ذكر في الكتاب ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة ان يخرج
من المنزل الذي كانت فيه وقت المفارقة الا اذا اضطرت نحو ان خافت سقوطه او يغار فيه على نفسها او
مالها او اخرجها اهل المنزل بان كانت تسكن بكرا او كان زوجها غائبا او لا تقدر على الاجرة والمتوفى عنها
زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها اما عدم خروج المطلقة فلقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة مبينة واختلف في تفسير الفاحشة فقيل هي نفس الخروج
قال ابراهيم النخعي وبه اخذ ابو حنيفة رحمه الله فيكون معناها الا ان يكون خروجها فاحشة كما يقال
لا يسب النبي الا كافر ولا يزني احد الا ان يكون فاسقا وقيل هي الزنا ويخرجن لاقامة الحد عليهن قاله
ابن مسعود رضي الله عنه وبه اخذ ابو يوسف وقال ابن عباس رضي الله عنهما هي نشوزها وان يكون
بذية اللسان سيئة على احماء زوجها وقوله واما المتوفى عنها زوجها واضح وقوله وقال صلى الله عليه وسلم
للتي قتل زوجها هي فريعة بنت مالك بن ابي سنان اخت الخدري رضي الله عنهما لما قتل زوجها جاءت
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم استاذنت ان تعتد في بني خدرة لا في بيت زوجها فاذن لها رسول الله
صلى الله عليه وسلم فلما خرجت دعاها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها اعيدي المسئلة فاعادت فقال لها
لا حتى يبلغ الكتاب اجله يعني لا تخرجن حتى ينقضي عدتك وفي هذا الحديث دليل على حكمين على انما يجب عليها ان
تعتد في منزل الزوج وعلى ان الخروج بعض النهار لقضاء حوائجها جائز فانه صلى الله عليه وسلم لم ينكر عليها
خروجها للاستفتاء وقوله والاولى ان تخرج هو ويتركها لان مكثها في منزل الزوج واجب ومكثه فيه
مباح ورعاية الواجب اولى وقوله وان ضاق عليهما المنزل فلتخرج يشير الى ان ضيق المنزل من جملة
الاعذار فاذا خرجت فالى الزوج تعيين الموضع الذي تنتقل اليه بخلاف المتوفى عنها زوجها اذا خرجت
لعذر فان التعيين اليها لاستبدادها في امر السكنى وقوله واذا خرجت مع زوجها الى مكة فطلقها
ثلثا او مات عنها هذه المسئلة على وجوه لانه لا يخلو اما ان يكون بينها وبين مصرها اقل من ثلثة ايام او
ثلثة ايام فصاعدا فان كان الاول رجعت الى مصرها سواء كان بينها وبين مقصدها ثلثة ايام او دونها
اما اذا كان ثلثة ايام فظاهر لان المضي الى مقصدها يكون سفرا والرجوع لا يكون واما اذا كان اقل منها فلانها
كما رجعت صارت مقيمة واذا مضت كانت مسافرة ما لم تصل الى المقصد فاذا قدرت على الامتناع من استدامة
السفر في العدة تعين ذلك عليها وان كان الثاني فلا يخلو اما ان يكون بينها وبين المقصد ايضا ثلثة ايام او
اقل فان كان ثلثة ايام فهي بالخيار ان شاءت رجعت الى مصرها وان شاءت مضت سواء كان معها ولي

والخطبة بالضم والكسر اسم الحالة غير ان المضمومة خصت بالموعظة والمكسورة بطلب المراة والمراد بالنساء المعتدات للوفاة

قوله ثم لا باس اي بعد وجود السنة لا باس بان يسكن في منزل واحد لان الرجل مسلم موثوق بالحرمة والظاهر من حال المسلم اجتنابه الحرام

اولم يكن لانا المكث في ذلك المكان اخوف عليها من الخروج لان وضع المسئلة في الخروج الى مكة وغالب طريقها
مفازة ومعطش فلا بد من الخروج قيل وينبغي ان يختار اقرب الجانبين وهي في هذه المسئلة كالتي
اسلمت في دار الحرب لها ان تهاجر من غير محرم لانها خايفة على نفسها ودينها فهذه في المفازة كذلك
وقال المصنف الا ان الرجوع اولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج وان اقل مضت الى مقصدها لانها اذا
مضت لا يكون منشية سفرا ولا سايرة في العدة مدة السفر وان رجعت كانت منشية سفر
فلهذا مضت الى مقصدها فلم يذكر المصنف في الكتاب هذا الشق اعتمادا على انه يفهم من الشق الاول لانه
اذا كان الجانبان متساويين كانت بالخيار فاذا كان احدهما اقل تعين وقوله الا ان يكون طلقها او
مات عنها في مصر استثناء من قوله ان شاءت رجعت وان شاءت مضت يعني ان لها الخيار في ذلك
الا اذا كانت المفارقة في مصر فليس لها ان تخرج حتى تعتد ثم تخرج ان كان لها محرم عند ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان كان معها محرم فلا باس بان تخرج من المصر قبل ان تعتد لان نفس الخروج
مباح بالاتفاق دفعا لاذى الغربة ووحشة الوحدة وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم واذا
ارتفع الحرمة عاد مباحا وقوله وهذا عذر اشارة الى نكتة اخرى هي ان التربص على المعتدة في منزلها
وان كان واجبا لكن يجوز لها الانتقال بعذر كانهدام المنزل وغيره واذى الغربة ووحشة الوحدة
عذر فيجوز لها الانتقال نظرا الى وجود المقتضي وانتفاء المانع وهو ارتفاع التحريم الحاصل للسفر بوجود
المحرم ولابي حنيفة رحمه الله ان العدة امنع من الخروج من عدم المحرم كما ذكر في الكتاب وهو واضح والله اعلم

باب ثبوت النسب

لما ذكر انواع المعتدات من ذوي الاقراء والاشهر والاحمال
ذكر ما يلزم من اعتداد اولات الاحمال وهو ثبوت النسب في هذا الباب قال ومن قال ان تزوجت فلانة
فهي طالق فتزوجها فولدت لستة اشهر من يوم تزوجها اي من وقت تزوجها لان اليوم قرن بفعل
غير ممتد فيكون بمعنى الوقت قوله من غير زيادة ولا نقصان فهو ابنه وعليه المهر اما النسب فلانها
فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة اشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق
لان الطلاق مشروط بالنكاح والمشروط يعقب الشرط بزمان وان لطف فيكون العلوق قبله
اي قبل الطلاق في حالة النكاح فان قيل هذا النكاح لا يتصور فيه الوطء والاعلاق لانه كما تزوج
وقع الطلاق وبدون ذلك لا يثبت النسب الا يرى ان نسب ولد جاءت به امراة الصبي لا يثبت
كذلك اجاب بقوله والتصور ثابت بان يجعل كانه تزوجها وهو على بطنها فخالطها والناس يسمعون كلامهما
فيكون الانزال موافقا لتمام النكاح مقارنا للطلاق لان الطلاق لا يقع الا بعد تمام الشرط وزوال
الفراش حكم الطلاق فيكون العلوق حاصلا قبل زوال الفراش ضرورة فيثبت النسب فان قيل هذا في غاية
الندرة فكيف يبنى عليه الحكم اجاب بقوله والنسب يحتاط في اثباته يعني وان كان نادرا لكن النسب

يحتاط في اثباته فيجب بناؤه على هذا النادر وهذا اذا جاءت به لستة اشهر من غير زيادة ولا نقصان
واما اذا ولدت لاقل منها فلا يثبت النسب لان العلوق كان سابقا على النكاح قبل ثبوت الفراش فلا يكون
منه وكذلك ان ولدت لاكثر منها لانها حين طلقت حكمنا بانه لا عدة لها لانها مطلقة قبل الدخول
والخلوة ولم يتيقن بطلان هذا الحكم لاحتمال انه علوق من زوج آخر بعد الطلاق بخلاف ما اذا
جاءت به لستة اشهر من وقت التزوج فقد جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق
فتيقنا بقيام الولد في البطن وقت الطلاق فبعد ذلك اما ان يكون منه او من غيره فجعلنا العلوق
منه احتياطا لامر النسب اذ لو جعلنا هذا من علوق قبل النكاح من زوج آخر وذلك الزوج ليس بمعلوم
كان فيه اضاعة الولد وابطال النكاح الجائز والطلاق الواقع من حيث الظاهر واحالة الولد الى ابعد
الاوقات وذلك لا يجوز فجعلناه منه واما المهر فلم يذكره في الكتاب وهو واضح وفي رواية عن
ابي يوسف وهو القياس يلزمه مهر ونصف مهر اما النصف فللطلاق قبل الدخول واما المهر فبالدخول وقوله
ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية ظاهر وقوله ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك قيل
عليه ينبغي ان يصير مراجعا لان الوطء هاهنا حلال فاحيل العلوق الى اقرب الاوقات وهي حالة العدة
فيثبت بها المراجعة واجيب بان في ذلك حمل امره على خلاف السنة لانه يصير مراجعا لها بدون الاشهاد
بالفعل فاحيل العلوق الى ما قبل الطلاق صيانة لحاله وفيه نظر لانه لا يصح حينئذ قوله فلا يصير مراجعا بالشك وانما يجب ان يقول صح
لدلالة الدليل على كون الوطء قبل الطلاق وقوله لان العلوق بعد الطلاق اذ الولد لا يبقى في بطن امه اكثر
من سنتين والظاهر انه منه والا لزم الزنا وهو منتف حملا لها على الصلاح قيل لا يلزم انه لو لم يكن منه ان يكون صح
من الزنا لجواز انها تزوجت بعد انقضاء العدة زوجا آخر لا يقال الغرض فيما اذا لم يتزوج لانا نقول
الفرض انه لم يطاها في العدة اذ لو وطئها لثبتت الرجعة من غير تقدير بهذا التكليف واجيب بانه نعم
كذلك الا ان الحكم ببقاء النكاح الاول عند الاحتمال اسهل من الحكم بانشاء نكاح آخر فيجب القول به قال
في النهاية الى هذا اشار فخر الاسلام في مبسوطه وفيه نظر لانه غير دافع بل هو التزام للسوال والصواب
في الجواب ان المراد بقوله لانتفاء الزنا منها لازمه وهو تضييع الولد فان الزنا ملزوم لتضييع الولد
فيكون ذكر الملزوم وارادة اللازم وهو مجاز وحينئذ يندفع السوال لانا اذا جعلنا الولد في
نكاح شخص آخر مجهول بقي الولد ضايعا فكانه قال لانتفاء التضييع منها بالزنا او بما في معناه
قال والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا ولدت المبتوتة لاقل من سنتين يثبت نسب ولدها
لاحتمال ان يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق ويثبت النسب احتياطا
وان ولدت لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق والا لزم اكثر مدة
الحمل على سنتين وهو باطل فلا يكون منه لان وطئها حرام وقوله الا ان يدعيه استثناء من قوله لم يثبت

وفيه النظر كما مر م

91

وفيه منع النظر م

يعني انه ان ادعاه يثبت النسب منه وان جاءت به لاكثر من سنتين ثم هل يحتاج فيه الى تصديق المرأة فيه روايتان
وكوله لانه التزمه اى التزم النسب عند دعواه وله وجه شرعي بان وطيها بشبهة في العدة والنسب يحتاط
في اثباته فيثبت فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة اشهر لم يلزمه حتى تاتى به لاقل
من تسعة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رحمه الله يثبت النسب منه الى سنتين لانها معتدة تحتمل
ان تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فاشبهت الكبيرة وبيان الاحتمال ما قيل ان الكلام في المراهقة المدخول
وهي تحتمل الحبل ساعة فساعة فيحتمل ان يكون حاملا وقت الطلاق فيكون انقضاء عدتها بوضع الحمل
ويحتمل انها حملت بعد انقضاء العدة بثلثة اشهر واذا كان كذلك كانت كالبالغة اذا لم تقر بانقضاء
العدة يثبت نسب ولدها الى سنتين ولهما انه قال ولم تقر بانقضاء العدة لانها اذا اقرت بانقضاء العدة
بثلثة اشهر ثم جاءت بالولد باقل من ستة اشهر من وقت الاقرار يثبت النسب لظهور بطلان اقرارها
فصار كانها لم تقر بانقضائها فيثبت النسب ولهما ان لانقضاء عدتها جهة معينة وهي الاشهر لانا
عرفناها صغيرة بيقين وما عرفناه كذلك لا يحكم بزواله بالاحتمال فمضيها يحكم الشرع بالانقضاء بها اقوى
به اولم تقر وهو اى حكم الشرع في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله فلو اقرت
بانقضاء العدة ثم ولدت لستة اشهر لم يثبت النسب فكذا اذا حكم الشرع بالمضي واعترض
بالكبيرة المتوفى عنها زوجها فان لانقضاء عدتها جهة معينة وهي مضي اربعة اشهر وعشر ما لم
يكن الحبل ظاهرا ثم هناك يثبت النسب الى سنتين عند علمائنا الثلثة ولا يحكم بالانقضاء بالاشهر
هناك لاحتمال الانقضاء بالوضع فما بالها ههنا فلم يكن كذلك والجواب سياتي عند قوله الا انا نقول
لانقضاء عدتها جهة اخرى وان كانت الصغيرة مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما اى عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يعني ان ولدت لاقل من تسعة اشهر يثبت النسب والا فلا وعند ابي يوسف
يثبت النسب الى سبعة وعشرين شهرا الا انه يجعل واطئا في اخر العدة وهي الثلثة الاشهر ثم تاتى به لاكثر
مدة الحمل وهو سنتان وان كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء
لانا عرفنا امر عدتها فيحكم باقرارها ببلوغها فيثبت نسب ولدها لاقل من سنتين في الطلاق البائن
ولاقل من سبعة وعشرين شهرا في الرجعي وقوله ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ظاهر وقوله
الا انا نقول لانقضاء عدتها جهة اخرى حاصله ان في كل من الحامل والصغيرة امضينا الحكم على الاصل
ولكن الاصل في الموضعين قد اختلف فلذلك اختلف الحكم الذي بني عليه ايضا وذلك لان الاصل في الكبيرة
الاحبال فلم يعتبر في حقها تعين جهة العدة بالاشهر والاصل في الصغيرة عدم الاحبال فلذلك
اعتبرنا في حقها تعين جهة العدة بالاشهر لا يقال الاصل في الكبيرة ايضا عدم الاحبال لانا نقول ذلك
في حق الغير المنكوحة فاما النكاح فلا يعقد الا للاحبال وقوله وفيما نحن فيه البلوغ شك والصغر كان
ثابتا بيقين فلا يزول بالشك واذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد ظاهر وهذا اللفظ اشارة
الى قوله فاذا اعترفت المعتدة بالطلاق حيث لم يقيد بمعتدة دون اخرى يتناول كل معتدة بعد ان كانت معتدة
من طلاق رجعي او بائن بالاشهر او بالحيض قبل ذكر المرغيناني وقاضي خان ان الاية لو اقرت بانقضاء
عدتها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين ثبت نسب ولدها فلم يتناول كل معتدة الا ان يأول كل المعتدة بغير
الاية وهذا مخالف لما نقل عن الامام فخر الاسلام وغيره في شرح الجامع الصغير ان الايسة اذا
اقرت بانقضاء العدة معتبرا بثلثة اشهر او مطلقا في مدة يصلح لثلاثة اقراء ثم ولدت لاقل من ستة اشهر
من وقت الاقرار يثبت النسب والا فلا قال واذا ولدت المعتدة ولدا اذا ولدت المعتدة
عن طلاق بائن او رجعي ولدا وقد انكره الزوج لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة رحمه الله ما لم يشهد
بولادتها رجلان او رجل وامرأتان الا ان يكون هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج فيثبت
النسب بلا شهادة وقالا يثبت في جميع ذلك بشهادة امرأة واحدة لان الفراش وهو تعين المرأة
لماء الزوج بحيث يثبت منها نسب كل ولد تلده قائم لقيام العدة وهو اى قيام الفراش ملزم للنسب
فلا حاجة الى اثباته وانما الحاجة الى تعيين الولد وهو يحصل بشهادة امرأة واحدة كما في حال قيام
النكاح او ظهور الحبل او اقرار الزوج ولابي حنيفة رحمه الله القول بالموجب يعني سلمنا ان الفراش يكون
قائما بقيام العدة ولكن العدة ههنا ليست بقائمة لانها تنقضي باقرارها بوضع الحمل والمنقضي لا
يصلح حجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء بالقضاء فيشترط كمال الحجة بخلاف ما اذا كان النكاح
قائما او الحبل ظاهرا او الاعتراف به من الزوج صادرا لان النسب اذ ذاك ثابت قبل الولادة فلا
يحتاج الى اثباته وانما الحاجة الى التعيين وذلك يثبت بشهادتها قيل لا يحل نظر الرجل الى العورة
فما وجه شهادة الرجال واجيب بان النظر لا يلزم بل اذا دخلت بيتا بين الشهود وهم يعلمون ان
ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد كفى لجواز اداء الشهادة واذا ولدت المعتدة عن وفاة قبل تمام
سنتين ولدا فصدقها اى قربه جميع الورثة اى جماعة منهم تقطع الحاكم بشهادتهم كرجلين
او رجل وامرأتين منهم فهو ابنه في قولهم جميعا وهذا في حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم فيقبل
فيه تصديقهم اما في حق النسب بالنسبة الى غيرهم فهل يثبت او لا قالوا اذا كانوا من اهل الشهادة
كما ذكرنا وهم عدول يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل يشترط لفظة الشهادة وقيل لا يشترط لان
الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم باقرارهم وما يثبت بناء لا يراعى فيه الشرائط كالعبد
مع المولى والجندي مع السلطان في حق الاقامة وقوله واذا تزوج الرجل امرأة ظاهر وقوله واللعان
انما يجب بالقذف جواب عما يقال اللعان ههنا انما يجب بنفي الولد والولد يثبت بشهادة القابلة فيكون اللعان
ثابتا بشهادة القابلة وهو لا يجوز لان اللعان في معنى الحد والحد لا يثبت بشهادة النساء ووجه

ان اللعان يجب بالقذف والقذف موجود لان قوله ليس مني قذفها بالزنا معنى والقذف لا يستلزم وجود
الولد فانه يصح بدونه فلم يعتبر الولد الثابت بشهادة القابلة وانما اضيف اللعان الى القذف بمجرد نفي فان ولدت
المراة ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر وقالت منذ ستة اشهر فالقول قولها لان الظاهر شاهد
لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح واعترض بوجهين احدهما ان المراة تسند العلوق الى زمان سابق و
الزوج ينكره فيكون القول قوله والثاني ان الظاهر شاهد له ايضا لان النكاح حادث والاصل في الحوادث ان
يضاف الى اقرب الاوقات واجيب عن الاول بانه معارض بان الزوج يدعي اسنادا العلوق الى زمان يسبق النكاح و
هي تنكر فيكون القول قولها وعن الثاني بان النسب مما يحتاط في اثباته فاذا تعارض الظاهران فيه ترجح المثبت على
ان ظاهر حالها تايد بظاهر حاله لانه تايد بظاهر حاله من حيث انه لا يباشر النكاح بصفة الفساد فان نكاح الحبلى
فاسد وهو المحرم على الزوج بهذا الكلام ينبغي ان لا يحرم فان قيل وجب ان يحرم لان هذا اقرار منه بتزوجه
وهي حبلى فصار كما اذا ادعى انه تزوجها بغير شهود اجيب بالفرق بينهما من وجهين احدهما ان النكاح بغير
شهود فاسد لا محالة ونكاح الحبلى ليس كذلك لجواز ان يكون الحمل من الزنا والثاني انه وان اقر بالحرمة الا ان
الشرع كذبه في ذلك حيث اثبت النسب منه والاقرار اذا قابله تكذيب من جهة الشرع يبطل وقوله لم
يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف يعني الاختلاف المذكور في الاشياء الستة وقوله واذا قال لامراته اذا ولدت
فانت طالق ظاهر وقوله فما بني عليها وهو الطلاق يعني ان الطلاق حكم متعلق بالولادة وشهادة القابلة حجة
في اثبات الولادة فكذلك فيما يتعلق بها ضمنا وكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا ولابي حنيفة ان دعواها
ليست الطلاق حتى يثبت في ضمن الولادة بشهادتها وانما دعواها حنثه في يمينه والحنث ليس من ضرورات الولادة
فلا يثبت الا بحجة كاملة سلمنا ان دعواها الطلاق لكن لا يمكن اثباته بشهادتها ضمنا لان شهادتها ضرورية في
حق الولادة لعدم حضور الرجال عندها فلا يظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها ولقائل ان يقول كلامنا في الطلاق
المعلق بالولادة والمعلق بالشيء لازم من لوازمه والولادة يثبت بشهادتها والشيء اذا ثبت ثبت بجميع لوازمه وقوله
وان كان الزوج قد اقر بالحبل يعني اذا اقر الزوج بالحبل ثم علق طلاقها بالولادة فقالت المراة ولدت وكذبها الزوج
فان الطلاق يقع عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وعلى هذا الاختلاف اذا كان الحبل ظاهرا ثم علق الطلاق بالولادة ثم
ادعت الحنث فلا بد لهما من حجة وشهادتها حجة على ما بينا في المسالة الاولى وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه
الحبل وهو الولادة ولان اقراره بالحبل اقرار بكونها مؤتمنة والقول قول المؤتمن في دعوى رد الامانة وهذا
يرشدك الى ان وجود الشرط انما يستلزم وجود الجزاء عند اذا كان وجود الشرط بدليل يمكن ان يكون دليلا
على الجزاء عند وروده على الشرط والاقرار كذلك بخلاف شهادة القابلة في المسالة الاولى فتامل منه جواب الاعتراض
قال واكثر مدة الحمل سنتان اكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين
ولو بظل مغزل اي بقدر ظل مغزل حال الدوران والغرض تقليل المدة فان ظل المغزل حالة الدوران اسرع زوالا من ساير

الظلال وفي رواية المبسوط والايضاح وبعض نسخ الكتاب ولو بفلكة مغزل اي ولو بدوران فلكة مغزل
والمعنى هو ما في الرواية الاخرى والظاهر ان عائشة رضي الله عنها قالته سماعا لان العقل لا يهتدي الى
معرفة المقادير وانما قدم بيان اكثر المدة على اقلها اهتماما بذكره لكونه مختلفا فيه وقوله اقلها ستة
اشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين فبقي للحمل ستة اشهر وهذا
تاويل خرجه ابن عباس رضي الله عنهما ذكره في المبسوط فقال روي ان رجلا تزوج امراة فولدت ولدا
لستة اشهر فهم عثمان رضي الله عنه برجمها فقال ابن عباس اما انها لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم
قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا وقال وفصاله في عامين فاذا ذهب للفصال عامان لم يبق للحمل
الا ستة اشهر فدرا عثمان رضي الله عنه الحد عنها واثبت النسب من الزوج قال صاحب النهاية و
هذا التقرير الذي ذكره هنا في تاويل الاية مخالف لما ذكره في الرضاع من هذا الكتاب لانه جعل هناك الثلثين
شهرا مدة لكل واحد من الحمل والفصال ثم اظهر النقص في حق الحمل وههنا جعلها مدة لهما جميعا ثم عين
للفصال عامان بقوله وفصاله في عامين ومن ضرورته ان يبقى للحمل ستة اشهر واجيب بان الاستدلال
هناك انما كان بالنظر الى الاية الاولى وههنا بالنظر اليها والى الاخرى وجاز ان تكون الاية نظرا الى ذاتها
مفيدة لحكم وبالنظر اليها والى غيرها مفيدة لحكم آخر فتامل وقال الشافعي رحمه الله تقدر الاكثر
باربع سنين واحتج على ذلك بحكايات مثل ان محمد بن عجلان مولى فاطمة بنت الوليد بن عقبة
بقي في بطن امه اربع سنين وكذلك هرم بن حيان فسمي هرما لذلك والضحاك بن مزاحم هكذا
فسمي ضحاكا لانه ضحك حين ولد وغيرهم والحجة عليه ما روينا عن عائشة رضي الله عنها
والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل لا يهتدي الى مقدار مدة ما في بطن الرحم وقوله
ومن تزوج امة فطلقها يعني بعد الدخول ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ
يوم اشتراها لزمه والا فلا لانه في الوجه الاول يعني اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر ولد
المعتدة فان العلوق سابق على الشرى لانها ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الشرى
ونسب ولد المعتدة يثبت بلا دعوة لقيام الفراش حكما وفي الوجه الثاني يعني ما اذا جاءت
به لستة اشهر او اكثر من وقت الشراء ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى اقرب الاوقات و
اقربها وقت كونها مملوكة فلا يثبت الا بالدعوة قال المصنف رحمه الله هذا اذا كان الطلاق
بائنا او خلعا او رجعيا اما اذا كان اثنين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق لانها
حرمت حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الا الى ما قبله لانها لا تحل بالنكاح لان الامة يحرم حرمة
غليظة بتطليقتين فلا تحل له بملك اليمين واذا لم يحل له لا نقضي بالعلوق من اقرب الاوقات بل
من ابعدها حملا لامور المسلمين على الصلاح وابعد الازمان هو ما قبل الطلاق فيلزمه الولد اذا

جاءت به لاقل من سنتين من وقت الطلاق قوله واما اذا كان الطلاق واحدا فيحل له وطيها بملك اليمين فيضاف الولد
الى اقرب الاوقات فحينئذ كان ولد الامة فلا يثبت نسبه بغير دعوة قوله فان قيل وجب ان ينكشف الحرمة بملك
اليمين وان كانت الحرمة غليظة تمسكا بقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما
ملكت ايمانهم اجيب بانه وجب ان لا ينكشف تمسكا بقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا
غيره والطلقة الثانية في الاماء بمنزلة الثالثة في الحرائر والمحرم قوي قوله ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد
فهو مني فشهدت امراة على الولادة فهي ام ولده لان سبب ثبوت النسب وهي الدعوة قد وجد من المولى
بقوله فهو مني وانما الحاجة الى تعيين الولد وهو يثبت بشهادة القابلة بالاجماع هذا اذا ولدت لاقل من ستة
اشهر من وقت الاقرار فان ولدت لستة اشهر فصاعدا لا يلزمه لاحتمال انها حملت بعد مقالة المولى فلم
يكن المولى مدعيا هذا الولد بخلاف الاول فانا تيقنا ثمه بقيام الولد في البطن وقت القول فصحت الدعوى قوله
ومن قال لغلام هو ابني واضح واعترض بانه ينبغي ان لا يكون لها الميراث في الاستحسان ايضا لان هذا يثبت
اقتضاء فيثبت بقدر الضرورة وهو تصحيح النسب دون استحقاق الارث واجيب بان النكاح على ما هو
الاصل ليس بمشروع الا للنكاح هو سبب لاستحقاق الارث ونكاح ليس بسبب له فلا يثبت النكاح بطريق الاقتضاء
يثبت بما هو من لوازمه التي لا ينفك عنه شرعا وانما قال على ما هو الاصل لان الابد في النكاح الكتابية والامة لانه
من العوارض ورد بانا لا نسلم ثبوت النكاح بالاقتضاء لان المقتضي انما يثبت لتصحيح المقتضي لا محالة و
المقتضي هنا وهو النسب يصح بلا ثبوت المقتضي وهو النكاح بان يكون عن وطي بشبهة او يكون الولد ولد
ام الولد فلم يفتقر ثبوت النسب الى النكاح لا محالة وهذا سؤال فاسد نشا من عدم فهم وجه الاستحسان
فانه قال فهذه المسئلة فيما اذا كانت معروفة بالحرية فلا يمكن ان يكون ام ولد وقال النكاح الصحيح هو المتعين
لذلك وضعا وعادة وحينئذ لا يكون من وطي بشبهة وهو ظاهر **باب الولد من احق به** مناسبة
هذا الباب لباب ثبوت النسب ظاهرة لا يحتاج الى بيان واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد لما
روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان امراة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ان ابني هذا كان بطني له
وعاء وحجري له حواء وثدي له سقاء وزعم انه ينزعه مني فقال رسول الله عليه السلام انت احق به ما لم تتزوجي ولان
الام اشفق عليه لزيادة اتصاله بها حيث ينفصل منها بالمقص واقدر على الحضانة بلزومها البيت فكان في التفويض اليها
زيادة مرحمة لمن هو مظنتها والى هذا اشار ابو بكر الصديق رضي الله عنه روي ان عمر رضي الله عنه خاصم ام عاصم بين يدي
ابي بكر لينزع عاصما منها فقال له ابو بكر رضي الله عنه ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر قاله والصحابة حاضرون
متوافرون ولم ينكر احد قوله والنفقة على الاب على ما نبيح قوله ولا يجبر الام عليه اي على اخذ الولد اذا ابت ولم يطلب ذكره
الا ان لا يكون للولد ذو رحم محرم سوى الام فيجبر على حضانته لئلا يفوت حق الولد اذ الاجنبية لا شفقة لها عليه قوله فان
لم يكن له ام بان ماتت وتزوجت باجنبي فانها كالمعدومة حينئذ فام الام وان بعدت لان هذه الولاية تستفاد من

قبل

قبل الامهات لما ذكرنا من وفور شفقتهن فمن كانت تدلي بالام فهي اولى ممن تدلي بالاب وتستوي في ذلك المسلمة
والكافرة لان حق الحضانة باعتبار الشفقة وذلك لا يختلف باختلاف الدين على ما قيل كل شيء يحب ولده حتى
الحباري فان لم يكن له ام الام بالتفسير المار فام الاب اولى من الاخوات لانها من الامهات وهذه الولاية
بالامومة ولهذا اي لكون الجدة من الامهات تحرز ميراث الامهات السدس ولانها اوفر شفقة للولاد اي لاجل
الولاد فان لم يكن جدة فالاخوات اولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن في الميراث وهذه رواية
كتاب النكاح اعتبار القرب القرابة والاخت اقرب لانها ولد الابوين والخالة ولد الجد وفي رواية كتاب الطلاق الخالة اولى
من الاخت لاب اعتبارا بالمدلى به فان الخالة تدلي بالام وقد تايد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم الخالة والدة وقد
قيل في تفسير قوله تعالى ورفع ابويه على العرش انها كانت خالته قوله وتقدم الاخت لاب وام ظاهر ومعناه ان ذات
قرابتين يرجح على ذات قرابة واحدة لما فيه من زيادة الشفقة فان قيل الثنائية ويجوز ان يترجح بما لا يكون علة للاستحقاق
الابدي ان الاخ لاب وام مقدم في العصوبة على الاخ لاب بسبب قرابة الام وقرابة الام ليست بسبب لاستحقاق
العصوبة بها كذا في المبسوط والجامع الصغير لقاضي خان وفيه نظر لان قرابة الام ليست بسبب لاستحقاق العصوبة
بها اصلا بخلاف قرابة الاب في استحقاق الحضانة فان لها ذلك عند عدم قرابة الام **قال** وكل من تزوجت
من هؤلاء سقط حقها كل من لها حق الحضانة ممن ذكرنا سقط حقها فيها اذا تزوجت لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم
انت احق به ما لم تتزوجي ولان الحضانة للنظر للصغير وقد فات عند التزوج لان زوج الام يعطيه نزرا اي
قليلا وينظر اليه شزرا اي نظر المبغض فلا نظر له اذ ذاك الا الجدة اذا كان زوجها الجد لانه قام مقام ابيه
فينظر له وكذا كل زوج هو ذو رحم محرم من الولد كالعم اذا تزوج بام الولد لعدم الشفقة نظرا الى القرابة
القريبة ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية لان المانع قد زال فان لم يكن للصبي امراة من
اهله فاختصم الرجال فاوليهم به اقربهم تعصيبا لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب في موضعه في باب الميراث
وولاية الانكاح فان اجتمع اخوة لاب وام فاصلحهم دينا وورعا احق به لان ضمه اليه انفع لانه يتخلق
باخلاقه فان تساووا فاكبرهم سنا احق به لان حقه اسبق ثبوتا فعند التعارض ترجح به كذا في المبسوط
غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم عند وجود محرم غير عصبة كالخال
بل تدفع الى الخال تحرزا عن الفتنة كذا روي عن محمد وذكر التمرتاشي فان لم يكن واحد من العصبة تدفع
الى الاخ لام عند ابي حنيفة رحمه الله ثم الى ذوي الارحام الاقرب فالاقرب وقال محمد لا حق لذكر من قبل النساء
والتدبير للقاضي يدفع الى ثقة يحضنها وقوله والام والجدة احق بالغلام واضح وذكر رواية الجامع الصغير
لزيادة لفظ يستغني وحذف لفظ يستنجي وذكر ان المعنى واحد وهو ظاهر وقوله اعتبارا للغالب يعني ان
الصبي في الغالب اذا بلغ سبع سنين يستغني عن الحضانة والتربية فحينئذ يستنجي وحده وقوله يحتاج
الى معرفة اداب النساء كالغزل والطبخ وغسل الثياب ونحوها والمراة على ذلك اقدر من الرجل وبعد البلوغ

الابوين ح

الترجيح ح

وعلى دفع النظر م

٩٤

الرد للاتقاني

ابعد ح

يحتاج الى التحصين بالتزويج وولاية التزويج الى الاب والى الحفظ عن وقوع الفتنة والاب فيها اقوى واهدى
لان بالرجال من الغيرة ما ليس بالنساء فيتمكن الاب من حفظها على وجه لا يمكن الام من ذلك وروى هشام عن
محمد انها اذا بلغت حد الشهوة اذا بلغت حد الشهوة تدفع الى الاب لتحقق الحاجة الى الصيانة وحد الشهوة
ان تبلغ احدى عشرة سنة في قولهم كذا في النهاية وقال الفقيه ابو الليث تبلغ تسع سنين وقيل اذا بلغت
ست سنين او سبعا او ثمان ان كانت جبلة وقوله ومن سوى الام والجدة يعني اذا كانت الصغيرة عند الاخوات
او الخالات او العمات فانها تترك عندهن الى ان تبلغ حد الشهوة على رواية القدوري وحتى تستغني على رواية
هاكل وحدها وتلبس وحدها لانها وان كانت تحتاج الى تعلم اداب النساء لكن في دفعها استخدام للصغيرة وليس
لغير الام والجدتين ولاية الاستخدام ولهذا لا تؤاجرها للخدمة فلا يحصل المقصود وهو التعلم بخلاف الام و
الجدة لقدرتهما على الاستخدام شرعا قوله والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة في حق الولد لانهما
حرتان اوان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى
قوله والذمية احق بولدها المسلم يعني ان كان زوجها مسلما ما لم يعقل الاديان او يخاف بالرفع على الاستئناف و
بالجزم عطفا على يعقل ان يالف الكفر لان الدفع اليها قبل ذلك نظر للصبي وبعده يحتمل الضرر بانتقاش
احوال الكفر في ذهنه قوله ولا خيار للغلام والجارية بعد بين الابوين وقال الشافعي لهما ذلك اذا بلغ سن التمييز
ويسلم الى من اختاره فان اختار الاب لا تمنع من الزيارة فان اختار الام على الابن مراعاته وتسليمه الى
المكتب والحرفة لان النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين الابوين روى رافع بن سنان رضي الله عنه
انه اسلم وابت امرأته ان تسلم فاتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي وهي فطيم فقال وابنتي فقال عليه السلام
اقعد ناحية وقال لها اقعدي ناحية فاقعد الصبية بينهما ثم قال ادعواها فمالت الصبية الى امها
فقال النبي صلى الله عليه وسلم اللهم اهدها فمالت الى ابيها فاخذها ولنا انه لقصور عقله يختار من عنده الدعة
اي الخفض والراحة وكلامه ولكن قوله ويحمل على ما اذا كان بالغا فيه نظر لان المذكور في القصة الصبية
وقالت ابنتي وهي فطيم فكيف يصح حمله على ما اذا كان بالغا فالجواب ان المصنف قال خير ولم يقل غلاما ولا
غيره ليمكننا ان ما رويناه وما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين الابوين من غير ذكر ما يدل
على الصغر فاقول المصنف الاول يقوله فلنا قد قال عليه السلام اللهم اهدها الى خير والثاني يقوله ويحمل على ما اذا كان بالغا

فصل

لما فرغ من بيان من له الحضانة بين ما يفعله من الاخراج الى الغير وغيره في فصل
على حدة قوله واذا ارادت المطلقة بعد انقضاء العدة ان تخرج من المصر فذلك على اربعة اقسام اما ان تخرج
الى وطنها وقد وقع العقد فيه واما ان تخرج الى ما ليس وطنها ولم يقع العقد فيه واما ان تخرج الى وطنها ولم يقع
العقد فيه واما ان تخرج الى غير وطنها وقد وقع العقد فيه فهي الاقسام العقلية فان اتفق امران جميعا بان
تخرج الى وطنها وقد وقع العقد فيه جاز الا فلا كما ذكر في الكتاب وقوله لانه التزم المقام عرفا وشرعا دليل

المستثني

رافع ح

واخرج

المستثني وقوله ولهذا يصير الحربي اي الشخص الحربي ذكرا كان او انثى به اي بالتزويج في بلدة ذميا قال
في النهاية وهذا وقع غلطا لان المصنف ذكر في السير وذكر ايضا في سير سائر الكتب اذا تزوج المستامن
ذمية لا يصير ذميا لانه يمكنه ان يطلقها فيرجع واجيب بان الضمير في به راجع الى التزام المقام وفيه نظر لانه
يؤول الى ان يقال انه بالتزوج في بلد التزم المقام وبالتزام المقام يصير الحربي ذميا ويلزم منه انه بالتزوج في
بلد يصير الحربي ذميا فعاد المحظور وان لم يجعل متعلقا بذلك ينقطع الكلام عما قبله ولا يبقى اتصال بمحل
البحث ولا يليق ذلك بمثل المصنف وغير بعضهم لفظ الحربي الى الحربية ويجوز ان يقال لا حاجة الى تغيير اللفظ
لجواز ان يكون الحربي صفة لشخص كما قدرنا في اول البحث وحينئذ يراد به الحربية ولكن ذكره بتأويل الشخص
وهذا المخرج عن كونه غلطا الى كونه ملبسا ومنهم من جعل من باب القياس والاستحسان فجعل ما ذكر هنا
وجه القياس لان التزوج في بلد يصلح دليلا على التزام المقام فيه شرعا وعرفا لا سيما اذا كانت المرأة ممنوعة
عن الخروج عن تلك البلدة وما ذكره في السير وجه الاستحسان لان التزوج وان صلح دليلا على التزام
المقام كتزوج الحربية الذمي الا ان قبول الجزية الموجب للذل والصغار مانع ورد بان هذا القياس و
الاستحسان غير منقول عن السلف فلا يصلح بناء الجواب على ذلك واجاب شيخ شيخي العلامة عبد
العزيز بانه لما وجد معنى القياس والاستحسان لا وجه الى المنع من اطلاق الاسم عليهما واقول ان ثبت
في الحربي يتزوج في بلد المسلمين انه يصير به ذميا رواية يصح التخريج وجه القياس والاستحسان
والا فلا وقوله في الكتاب يريد به القدوري ووجه كل مما في القدوري والجامع الصغير ما ذكره
في الكتاب وهو واضح واما عكس هذه المسئلة وهي ان تخرج الى وطنها ولم يكن العقد بها
فليس لها ان تنتقل بالاولاد اليها باتفاق الروايات واما القسم الاخر وهو ما لا يكون وطنها
ولا يقع العقد فيه فقد اقتصر عن ذكره لظهوره من الاقسام الباقية وقوله والحاصل ظاهر مما
ذكرنا قال صاحب النهاية بعد وجود هذين الوصفين لا بد من وصف وهو شرط فيه ايضا
وهو ان لا ينتقل الى دار الحرب وان كانت وطنها ووقع العقد فيها وفيه نظر لان الحربية
بالتزوج في دار الاسلام تصير ذمية فانى تتيسر لها الانتقال اليها والجواب ان مراده
مسلم عقد على مسلمة في وطنها دار الحرب فخرجا الينا ووقعت الفرقة فيما بينهما فارادت
الخروج الى دار الحرب بولدها لم تمكن من ذلك وان وجد الامران جميعا والباقي ظاهر

باب النفقة

لما فرغ من بيان حق حضانة الولد ومن له الحضانة الى بيان
النفقة ومن تجب عليه ثم استطرد بذكر ما يحتاج اليه من السكنى وغيره قوله النفقة اسم بمعنى
الانفاق وهو عبارة عن الادرار على الشيء مما به يقوم بقاؤه ونفقة الشخص على غيره تجب باسباب
منها الزوجية ومنها النسب ومنها الملك وفتح الباب بنفقة الزوجات لان الزوجية اصل النسب

اي يتيسر

احتاج ح

لانها مناسب ما تقدم وذكر بعدها النسب لا للمصنف ان لم يذكر اولا

٩٥

فتقدم عليه والنسب اقوى من الملك لان النفقة على الولد كالانفاق على نفسه لكونه جزءا منه وكذا في
الوالدين قال النفقة واجبة للزوجة النفقة واجبة للزوجة على الزوج مسلمة كانت
او كافرة اذا سلمت نفسها الى منزله قال في النهاية هذا الشرط ليس بلازم في ظاهر الرواية فانه
ذكر في المبسوط في ظاهر الرواية بعد صحة العقد النفقة واجبة لها وان لم ينتقل الى بيت الزوج
الا يرى ان الزوج لو لم يطلب انتقالها الى بيته كان لها ان يطالبه بالنفقة وقال في الايضاح و
هذا لان النفقة حق المراة والانتقال حق الزوج فاذا لم يطالبها بالنقلة فقد ترك حقه وهذا لا يوجب
بطلان حقها والاصل في ذلك اي في وجوب النفقة قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته امر بالانفاق
والامر للوجوب وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف اي بالوسط وقال الزجاج
في تفسيره ما تعرفون انه العدل على قدر الامكان وكلمة على للوجوب وفي قوله صلى الله عليه وسلم في حجة
الوداع اوصيكم بالنساء خيرا فانهن عندكم عوان اتخذتموهن بامانة الله واستحللتم
فروجهن بكلمة الله وان لكم ان لا يوطين فرشكم احدا وان لا يؤذن في بيوتكم لاحد
تكرهونه فاذا فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح وان لهن عليكم نفقتهن وكسوتهن
بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه
اصله القاضي والعامل في الصدقات ونوقض بالرهن فانه محبوس بحق مقصود للمرتهن وهو الاستيثاق
ونفقته ليست عليه بل هي على الراهن واجيب بان الرهن محبوس لحق الراهن ايضا وهو كونه موفيا
عند الهلاك فلهذا لم يجب النفقة على المرتهن وهذه الدلائل بعمومها التي ذكرها من الكتاب والسنة
لا فصل فيها فيستوي المسلمة والكافرة وتعتبر في ذلك حالهما هذا لفظ القدوري قال المصنف
وهذا اي اعتبار حالهما في ذلك اختيار الخصاف وعليه الفتوى وتفسيره اي تفسير قول الخصاف
وهو على اربعة اقسام قسمة عقلية اما ان يكونا موسرين ومعسرين او الزوج موسر والزوجة
معسرة او بالعكس من ذلك ففي الاول يجب نفقة اليسار وفي الثاني نفقة الاعسار وفي الثالث
نفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات اذا كان الزوج ياكل الحلوى واللحم المشوي
والمراة كانت تاكل في بيتها خبز الشعير لا يؤخذ الزوج بان يطعمها ما ياكل بنفسه ولا ما كانت
المراة تاكل في بيتها ولكن يطعمها فيما بين ذلك يطعمها خبز البر وباجة او باجتين ولم يذكر المصنف
القسم الرابع لانه يعلم من القسم الثالث فان الخصاف ذكر في كتابه يفرض لها نفقة صالحة يعني وسطا
فيقال لها تتكلفي ان تطعميه خبز البر وباجة او باجتين كيلا يلحقها الضرر ولم يزد على ما
فهم من القسم الثالث من توسط الحال وقال في ظاهر الرواية تقول لما تزوجت نفسها من معسر فقد
رضيت بنفقة المعسرين فلا يستحق على الزوج الا بحسب حاله وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو

قول

قول الشافعي وهو ظاهر الرواية عن اصحابنا والدليل عليه قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته
ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما اتاه الله واعتبر حال الرجل في الحالتين جميعا وامره بالانفاق
فلا مصير الى غيره ووجه الاول يعني الخصاف في اعتبار حالهما قوله صلى الله عليه وسلم لهند امراة ابي
سفيان روى البخاري باسناده الى عايشة رضي الله عنها ان هند بنت عتبة قالت يا رسول الله
ان ابا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي الا ما اخذت منه وهو لا يعلم فقال
عليه السلام خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف فاعتبر حالهما ولقائل ان يقول هذا الدليل غير مطابق
للمدعى لان المدعى هو الاعتبار بحالهما والحديث يدل على اعتبار حالها على ما صرح به الشيخ ويمكن
ان يجاب عنه بان المحتاج اليه هو بيان اعتبار حالها واما اعتبار حاله فالاية تدل عليه والخصم يقول
به فاذن الاية تدل على اعتبار حاله والحديث يدل على اعتبار حالها فوجب الجمع بينهما بان يكون حاله
معتبرا من وجه وحالها كذلك فان قيل هذا على تقدير التعارض والحديث لا يعارض الاية لكونه من
الاحاد فالجواب ان الحديث تفسير لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فيكون
المعارضة حينئذ بين الايتين فيجمع بينهما قال المصنف اختيارا منه لقول الخصاف وهو اي اعتبار
حالهما هو الفقه فان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة
يعني على كفايتها نظرا الى حال الزوج واجاب عن قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته بقوله ونحن نقول
بموجب النص بانه مخاطب ان ينفق بقدر وسعه لكن لا يلزم التكليف عليه في الوسع لكن ان زاد
كفايتها على ما في وسعه يكون الباقي دينا في ذمته على ما يذكر كما مر ولا يؤديه مع العجز وقوله
ومعنى قوله بالمعروف الوسط اشارة الى ما قدمنا ان تفسير قوله تعالى وكسوتهن بالمعروف الوسط ليكون
جوابا عن قول الخصم انه تعالى قال وعلى المولود له اعتبر الرجل وقال بالمعروف اشارة الى ان لا يزاد على ما
في وسعه ان كانت حالتها تقتضيه ووجه كونه جوابا انه اذا كان مفسرا بالوسط فالوسط
هو الذي يكون بين حال الرجل وحال المراة وهو الواجب وقوله وبه اي بقوله صلى الله عليه وسلم لهند
خذي من مال زوجك ما يكفيك تبين انه لا معنى للتقدير كما ذهب اليه الشافعي انه على الموسر مدان
وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف لان ما وجب كفاية لا يتقدر في نفسه شرعا لانه مما
يختلف فيه احوال الناس بحسب الشباب والهرم وبحسب الاوقات والاماكن ففي التقدير قد يكون
اضرارا وان امتنعت من تسليم نفسها قال وان امتنعت المراة عن تسليم نفسها قبل الدخول او بعده
على قول ابي حنيفة رحمه الله فاما ان يكون الامتناع بحق مثل ان يطلب المهر المعجل او لا فان كان الاول
فلها النفقة لان كل واحد من المهر والنفقة حق من حقوقها فمطالبتها احدهما لا يسقط الاخر وان
ان كان الثاني فهي ناشزة لان الناشزة هي الخارجة من منزل الزوج المانعة منه نفسها وهذه كذلك و

انما قيل الخارجة من منزل الزوج لانها اذا ساكنة معه فالظاهر ان الزوج يقدر على تحصيل المقصود منها
طوعا او كرها فلا يبطل النفقة فان كان المنزل ملكا لها وهو يسكن معها فمنعته من الدخول عليها فهو
بمنزلة الخروج من بيته واذا كانت ناشزة فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس منها و
اذا عادت جاء الاحتباس فيجب النفقة فان قيل الدليل الدال على وجوب النفقة لا يفصل بين الناشزة
وغيرها فاوجب رما نها عنها فالجواب انا لا نسلم انه لم يفصل لانه تعالى قال وعلى المولود له رزقهن
وكسوتهن وذلك قد يشير الى تسليم النفس لان الولادة بدونه لا يتصور وقوله بخلاف ما
اذا امتنعت متصل بقوله لان فوت الاحتباس منها وقوله وان كانت صغيرة لا يستمتع بها اى لا يوطى
فلا نفقة لها سواء كانت في منزل الزوج او لم يكن حتى تصير الى الحالة التي تطيق الجماع لان امتناع
الاستمتاع انما هو لمعنى فيها والاحتباس الموجب للنفقة هو ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح
وهو الجماع او دواعيه ولم يوجد لان الصغيرة التي لا تصلح للجماع لا تصلح لدواعيه لانها غير
مشتهاة واستشكل بالرتقاء والقرناء ونحوها فان المقصود المستحق بالنكاح فات ولهن النفقة
واجيب بان الدواعي غير فايتة بان يجامعهن تفخيذا وغيره بخلاف الصغيرة لما ذكرنا حتى لو
ان كانت الصغيرة مشتهاة ويمكن جماعها فيما دون الفرج يجب النفقة وقال الشافعي رحمه الله
لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين وهذا لان وجوبها بسبب
الحاجة والصغيرة والكبيرة فيه سواء كالمملوكة وقلنا ان المهر عوض عن الملك لان العوض هو ما يدخل
تحت العقد بالتسمية والداخل تحته هو المهر دون النفقة واذا كان المهر عوضا لا يكون النفقة
عوضا لئلا يجتمع عوضان بمعوض واحد قلنا المهر دون النفقة وقوله وان كان الزوج صغيرا
بيان ذكر العجز عن جانبه وهو ظاهر ولم يذكر حكم العجز عن الطرفين بان كانا صغيرين لا يطيقان
الجماع فلو اعتبر جانب الصغير وجبت النفقة كما في الكبيرة ولو اعتبر جانب الصغيرة لم يجب كما لو كانت
صغيرة والزوج كبير قال في الذخيرة لا نفقة لها لان المنع جاء لمعنى من جهتها واكثر ما في الباب
ان يجعل المنع من قبله كالمعدوم فالمنع من قبلها قايم ومع قيام المنع من قبلها لا يستحق النفقة
وفيه نظر لان الدليل يقبل القلب وقوله واذا احبست ظاهر وقوله والفتوى على الاول يعني على
ظاهر الرواية وهو ان لا نفقة لها للمفصوبة فيما مضى وقوله لان فوت الاحتباس ليس منه ليجعل
باقيا تقديرا بيانه ان النفقة عوض عن الاحتباس في بيته فاذا كان الفوات بمعنى من جهته جعل ذلك
الاحتباس باقيا اما اذا كان الفوات لمعنى في جهته فلا يمكن ان يجعل ذلك الاحتباس باقيا تقديرا
وبدونه لا يجب النفقة وقوله وكذا اذا حجت مع محرم يعني بدون الزوج لا يجب النفقة لان
فوت الاحتباس منها وعن ابي يوسف ان لها النفقة لان اقامة الفرض عذر كلامه واضح وقوله

عن معوض ح

لما قلنا

لما قلنا اشارة الى قوله لانها هي المستحقة عليه وقوله فان مرضت في منزل الزوج على ما ذكره في الكتاب ظاهر
وهو الموعود بقوله قبل هذا الخلاف المريضة على ما نبين وقوله وفي لفظ الكتاب يعني القدوري ما يشير اليه
وهو قوله فان مرضت في منزل الزوج فانه يشير الى انها سلمت نفسها الى منزل الزوج ثم مرضت فيه
قوله ويفرض على الزوج النفقة لما كان قوله ويفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا يشكل اعتبارا
بقوله والمراد بهذا بيان نفقة الخادم وذكر وجه وجوبها وهو ظاهر واختلفوا في الخادم الذي يستحق النفقة
على الزوج فمنهم من قال المملوك لها حتى لو كانت حرة او لم يكن مملوكا لها لا يستحق النفقة وهو ظاهر الرواية
لان استحقاقها نفقة الخادم انما هو باعتبار ملك الخادم فاذا لم يكن لها خادم لا يستوجب القاضي اذا لم يكن
له خادم لا يستحق كفاية الخادم في سائر الحال ومنهم من قال كل من يخدمها حرة كانت او مملوكة لها او لغيرها
يستحقها وقوله لا يفرض لاكثر من خادم واحد ظاهر وقوله وقالوا يعني المشايخ ان الزوج الموسر تلزمه
نفقة الخادم واليسار ههنا بنصاب حرمان الصدقة لا بنصاب وجوب الزكوة وقوله وهو ادنى الكفاية يعني
سقص نفقة الخادم عن نفقتها لكن في حق الطعام دون الخبز واعلى الادام اللحم واوسطه الزيت و
ادناه الملح واللبن وقوله خلافا لما قاله محمد يعني [illegible] ما قال محمد ان الزوج اذا كان معسرا وكان لها خادم
يجب عليه نفقته لانه اذا كان لها خادم فهذه المراة لم تكتف بخدمة نفسها فيجب عليه النفقة كما لو كان
موسرا وقوله لان الواجب على المعسر ادنى الكفاية دليل الاصح ومن اعسر بنفقة امراته لم يفرق بينهما
ويقال لها استديني عليه اي اشتري الطعام نسيئة على ان تقضي الثمن من مال الزوج وقال الشافعي رحمه الله
يفرق بينهما لانه عجز عن الامساك بالمعروف فينوب عنه التسريح باحسان فان ابى ناب القاضي منابه
كما في الجب والعنة بل اولى لان الحاجة الى النفقة اولى من الجماع لان انقطاع الاول مرة مهلك دون
الثاني وهذا التفريق عنده فسخ لا طلاق ولنا ان حقه بالتفريق يبطل اذ لا يصل اليه الا بسبب جديد وحقها
يتاخر لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي فيستوفي في الزمان الثاني والاول اقوى في الضرر فيتحمل
ادنى الضررين لدفع الاعلى وقوله وفوت المال وهو تابع جواب عن القياس على الجب والعنة وتقريره ان
هذا قياس مع الفارق وهو باطل وذلك لان العجز عن النفقة انما يكون عن المال وهو تابع في باب النكاح
والعجز عن الوصول الى المراة بسبب الجب والعنة انما يكون عن المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل
ولا يلزم من جواز الفرقة بالعجز عن المقصود جوازها بعجز عن التابع فان قيل ما الفائدة في الاذن لها بالاستدانة
بعد فرض القاضي النفقة لها صارت دينا بفرضه اجاب بان فائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان
يمكنها الحالة الغريم على الزوج يعني من غير رضا الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير القاضي كانت
المطالبة عليها دون الزوج واعلم ان العجز عن النفقة انما يظهر عند حضور الزوج واما اذا كان غايبا
غيبة منقطعة ولم يخلف نفقتها فرفعت الامر الى الحاكم الشافعي ففرق بينهما قال مشايخ سمرقند جاز

مكرراً ح

٩٧

امر ح

نفذ لانه قضى في فصل مجتهد فيهما في التفريق بالعجز عن النفقة وفي القضاء على الغايب وقال صاحب الذخيرة الصحيح انه لا يصح قضاؤه لان العجز لا يعرف حال الغيبة لجواز ان يكون قادرا فيكون هذا ترك الانفاق لا العجز عنه فان رفع هذا القضاء الى قاض امضاه فالصحيح انه لا ينفذ لان هذا القضاء ليس في فصل مجتهد فيه اذ العجز لم يثبت وَاذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر لان النفقة تختلف بحسب اليسار والاعسار وقوله وما قضى به جواب عما يقال ينبغي ان لا يتم لها نفقة اليسار لان فيه نقض القضاء الاول وتقريره ما قضى به تقدير لنفقة لم تجب لان النفقة تجب شيئا فشيئا وتقدير ما ليس بواجب لا يكون لازما لجواز تبدل السبب الموجب قبل وجوبه واذا لم يكن لازما لم يستحكم فيه حكم الحاكم فاذا تبدل حاله جاز لها المطالبة بتمام حقها فكان هذا بمنزلة ابتداء فرض نفقة الاعسار على الموسر لان ما لا يكون لازما فللدوامه حكم الابتداء على ما عرف وذلك لا يجوز فلا بد من التغيير وكذلك حكم عكس هذه المسئلة وقوله واذا مضت مدة ظاهر وقوله على ما مر من قبل يريد قوله لان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فان قيل ما تقدم يدل على انها ليست بعوض عن البضع لكن لا ينافي ان يكون عوضا عن الاستمتاع والقيام عليها قلت ينافيه لانه لما صح العقد كان الاستمتاع بها والقيام عليها تصرفا في ملكه وذلك لا يوجب على المالك عوضا فان قيل لو كانت صلة لما وجب على المكاتب اجيب بانها صلة من وجه وما هذا شانه يجب على المكاتب كالخراج فاذا ثبت انها صلة لا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك الا بموكد وهو القبض والصلح في هذا بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضي وقوله بخلاف المهر متصل بقوله وليست بعوض وان مات الزوج بعد ما قضى عليه بالنفقة وما كان امرها بالاستدانة عليه ومضت شهور سقطت النفقة وكذلك اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض وانما قيدنا بقوله وما كان امرها بالاستدانة لانه اذا امرها بذلك لم يسقط بموت احدهما لان القاضي لما امرها بذلك كان استدانتها استدانة الزوج لعموم ولايته عليه ولو استدان بنفسه لم يبطل بالموت فكذا اذا استدانت بحكم القاضي فان قيل القياس على الهبة قبل القبض غير صحيح لانها قبل القبض غير موكدة والنفقة بعد القضاء موكدة ولا يلزم من جواز سقوط ما ليس بموكد جواز سقوط الموكد اجيب بان معنى الصلة فيها بعد القضاء باق كما كان قبله لان المعنى من الصلة ان يجب المال بمقابلة ما ليس بمال وهو كذلك فقلنا بسقوط بعد القضاء بالموت وفي الايضاح انها وان صارت دينا عليه ولكن معنى الصلة لم تبطل عنه والصلات تبطل بالموت قبل القبض وقوله وقال الشافعي ظاهر وقوله وجوابه قد بيناه اشارة الى ما تقدم من قوله لان المهر عوض ولا يجتمع العوضان من معوض واحد فلا تكون النفقة عوضا عن البضع

قال وان اسلفها نفقة السنة يعني اذا عجل لها النفقة السنة ثم مات او ماتت قبل مضي المدة لم يرجع

عليها ولا على تركتها بشيء في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يحتسب بنفقة ما مضى وما بقي للزوج وان كان قائما وقيمته ان كان مستهلكا وهو قول الشافعي رحمه الله ووجه كل من الجانبين ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله لانه يسر فصار في حكم الحال يعني اذا اخذت النفقة الواجبة في الحال لا يسترد بالموت فكذا لا يسترد ما اذا عجل لها نفقة الشهر وقوله واذا تزوج العبد حرة ظاهر وقال شمس الائمة السرخسي فان بيع ثم اجتمع عليه النفقة مرة اخرى بيع ثانيا وليس في شيء من ديون العبد ما يباع فيه مرة بعد اخرى الا النفقة وهذا لان النفقة يتجدد وجوبها بمضي الزمان فذلك في حكم دين حادث ولا كذلك ساير الديون ولو مات العبد سقطت النفقة لا يواخذ المولى بشيء لفوات محل الاستيفاء وكذا اذا قتل وقوله في الصحيح احتراز عن قول الكرخي انها يكون في قيمته قال الشيخ ابو الحسن القدوري رحمه الله الصحيح ان تسقط لانها صلة والصلات تبطل بالموت قبل القبض والقيمة انما تقوم مقام الرقبة في دين لم يسقط بالموت لا في دين يسقط ولم يذكر المدبر والمكاتب اذا تزوجا باذن المولى والنفقة فيهما يتعلق بالكسب وان تزوج الحر امة فبوأها ظاهر وقوله فلا نفقة لها لعدم الاحتباس قيل عليه الاحتباس من المولى لحق به شرعا فكان كاحتباس الحرة لاجل صداقها فينبغي ان لا يسقط واجيب بان الحرة اذا حبست نفسها لصداقها فالتفويت انما جاء من قبل الزوج حين امتنع من ايفاء ما لزمه فلما ههنا فالتفويت ليس من قبل الزوج وقوله والتبوية غير لازمة جواب سوال تقديره لما بوأها مرة يجب عليها ان يمضي على ذلك ولا ينقضها بالاستخدام وتقرير الجواب التبوية غير لازمة على ما مر في النكاح اي في باب نكاح الرقيق حيث قال اذا بوأها ثم بدا له ان يستخدمها كان له ذلك لان حق المولى لم يزل بالتبوية كما لم يزل بالنكاح وقوله ولو خدمته الجارية احيانا من غير ان يستخدمها ظاهر وام الولد في هذا اي في عدم وجوب النفقة والمدبرة كالامة ولم يذكر المكاتبة لانها اذا تزوجت باذن المولى فهي كالحرة فلا يحتاج الى التبوية لاستحقاق النفقة لان منافعها على حكم ملكها الصيرورتها احق بنفسها وبمنافعها بعقد الكتابة ولهذا لم يبق للمولى ولاية الاستخدام فكانت كالحرة

فصل

لما فرغ من بيان النفقة شرع في بيان السكنى قال وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها احد من اهله الا ان تختار ذلك لان السكنى من كفايتها فيجب لها كالنفقة وقد اوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة حيث قال اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وفي قراءة ابن مسعود رضي الله عنه اسكنوهن من حيث سكنتم وانفقوا عليهن من وجدكم واذا وجب السكنى حقا لها ليس له ان يشرك غيرها فيه لانها تتضرر به فانها لا تامن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة ومن الاستمتاع وكلامه واضح وقوله وهو الصحيح احتراز عن قول محمد بن مقاتل الرازي

فانه يقول لا يمنع المحارم من الزيارة في كل شهر وإذا غاب الرجل وله في يد رجل مال يعترف به و
بالزوجية وطلبت الزوجة النفقة فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجته وولده الصغار و
والديه وإن لم يعترف بها الرجل ولكن علم القاضي ذلك فكذلك لانه لما اقر بالزوجية والوديعة
فقد اقر بان لها حق الاخذ لان لها ان تاخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه لحديث هند امراة ابي
سفيان واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيما ههنا فان اقراره ههنا اشد قبولا من اقرار اليد
في غير هذا الموضع لنقص طريق اثبات الحق في اقراره لعدم اثباته بالبينة فانه لو انكر احد الامرين
من الزوجية والوديعة لا يقبل بينة المراة فيهما اي في احد الامرين لان اقامتها ان كانت لاثبات
الزوجية فالمودع ليس بخصم فيه وان كانت لاثبات الوديعة فالمراة ليست بخصم في اثبات
حقوق الغايب فاذا ثبت علم الحق باقراره على نفسه تعدى الى الغايب لكون ما في يده ملكه وطولب
بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا حضر صاحب الدين غريما للغايب او مودع الغايب [illegible]
معترفا بثبوت دين المدعي على الغايب فان القاضي لا يامر بقضاء دينه من الوديعة والدين واجيب
بان امر القاضي في حق الغايب انما هو للنظر له وفي الامر بالانفاق على المراة ذلك ابقاء لملكه و
ليس في قضاء الدين نظر لان فيه قضاء عليه بقول الغير بازالة ملكه ثم اذا جاز للقاضي ان يامر
المودع بالانفاق عليها بالبينة المحتملة للكذب فلان يجوز بعلمه الذي لا يحتمله اولى وكذا اذا
كان المال في يده مضاربة لانه امانة مرجوة وكذا اذا كان دينا وقوله وهذا اي ما ذكرنا من
جواز فرض القاضي النفقة اذا كان المال من جنس حقها في النفقة دراهم ودنانير او طعاما او كان
ثيابا من جنس حقها في الكسوة اما اذا كان المال من خلاف جنسه لا يفرض النفقة فيه لانه
يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغايب بالاتفاق اما عند ابي حنيفة رحمه الله فلانه لا يباع على
الحاضر لان البيع عليه انما يكون بطريق الحجر والحجر على الحر العاقل البالغ عنده غير صحيح فكذا على
الغايب بل بطريق الاولى واما عندهما فان كان يقضي على الحاضر لانه يعرف امتناعه المشروط في
جواز البيع لا يقضي على الغايب لعدم ذلك   ويأخذ منها كفيلا نظرا للغايب
من سره المال اذا اعترف به وبالزوجية فينظر القاضي فيحلفها انها ما استوفت النفقة فاذا
حلفت دفع اليها النفقة واخذ منها كفيلا لجواز ان يحضر الزوج فيقيم البينة على ايفاء نفقتها
فان اتفق ذلك كان الزوج مخيرا في اخذ بما شاء من المراة والكفيل وكلامه واضح ولا يقضي بنفقة
الا لهؤلاء يعني زوجة الغايب وولده الصغار ووالديه واما غيرهم من المحارم كالاخوة والا
خوات والاعمام والعمات فلا يقضي بنفقتهم فيه ووجه الفرق ما ذكره في الكتاب وقوله لا نجد نص
قيل لان الشافعي رحمه الله لا يوجب النفقة لغير الوالدين والمولودين وفيه نظر سياتي وقوله ولم

يعلم

اليد

مطلب في ان مال الغائب لا يباع

يعلم القاضي بذلك متصل بقوله وكذا اذا علم القاضي ذلك وقوله ولم يكن يعني الرجل مقرا به متصل بقوله
يعترف به وبالزوجية وقوله فاقامت البينة على الزوجية يعني في الصورتين اذا كان ثمة وديعة و
لكن انكر الزوجية او اقامتها لم يفرض القاضي نفقة فيما لم يخلف مالا ولم يعلم القاضي بالزوجية وكلامه
ظاهر وقوله في هذه المسئلة اقاويل مرجوع عنها فلم نذكرها من تلك الاقاويل ما ذكرنا من قوله اذا
جحد المديون او المودع الزوجية بينهما والمال في يده فقد كان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا تقبل
بينتها على الزوجية ثم رجع فقال لا تقبل بينتها ومنها ما اذا لم يكن للزوج الغايب مال حاضر وطلبت
المراة من القاضي ان يسمع بينتها على النكاح ليفرض النفقة على الغايب ويامرها بالاستدانة لم يجب
الى شيء من ذلك لان هذا قضاء على الغايب وهو قول ابي حنيفة الاول وهو قول زفر ثم رجع الى
ذلك وهو المذكور في الكتاب وان كان للغايب دين ووديعة وكل من المديون والمودع مقر
بالدين والوديعة والنكاح فالقاضي يامر اولا بالانفاق من الوديعة لان القاضي نصب ناظرا للغايب
في البداة بالوديعة لانها تحتمل الهلاك بخلاف الدين

فصل

لما فرغ من بيان
النفقة والسكنى حال قيام النكاح بينهما شرع في بيانها بعد المفارقة وإذا طلق الرجل امراته فلها
النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان او باينا وقال الشافعي رحمه الله لا نفقة للمبتوتة وهي
التي طلقها الزوج ثلثا او طلقها بعوض وان كانت واحدة الا اذا كانت حاملا اما الرجعي فلان
النكاح بعد قايم لا سيما عندنا فانه يحل له الوطي كما تقدم واما الباين فوجه قوله ما روي عن
فاطمة بنت قيس الى اخره رواه مسلم وابو داود والترمذي والنسايي وابن ماجه رحمهم الله
وقوله لانا عرفناه اي وجوب نفقة الحامل بالنص وهو قوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن
حتى يضعن حملهن والدليل على انه في المطلقات آخر الاية وهو قوله تعالى حتى يضعن حملهن و
النفقة في غير المطلقات غير مغياة بوضع الحمل وقوله وصار كما اذا كانت حاملا اعترض عليه
بان الحايل لو كانت كالحامل في وجوب النفقة لم يبق لتخصيص الحامل في النص فايدة واجيب
بان الفايدة رفع الاشتباه وبيانه ان الحايل تستحق النفقة ثلاثة قروء فكان يشتبه ان
الحامل ايضا تستحق ذلك المقدار وزيادة فرفع ذلك وقال لها النفقة في مدة الحمل حتى يضعن
حملهن وقوله لا ندع كتاب ربنا يريد به قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ووجه ذلك
ان الوجد هو السعة والغنى وذكر يرجع الى ما يملك به اما الاسكان فانه قد يملك اسكانها في غير
ملكه حيث يسكن هو ولا يملك الانفاق من غير ملكه فكان تقديره والله اعلم ما تلاه ابن مسعود رضي الله عنه
وانفقوا عليهن من وجدكم وقوله وسنة نبينا يريد به قوله سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول
للمطلقة الثلث النفقة والسكنى ما دامت في العدة وقوله وردها ايضا زيد بن ثابت واسامة بن زيد

ما ذكروا في

الآخر وهو قولهما واما قول ابي حنيفة الاول رجح

ناظرا

هو زوج فاطمة الراوية فان اسامة اذا سمعها تحدث بهذا الحديث رماها بكل شيء في يده
وقالت عايشة رضي الله عنها تلك المراة فتنت العالم اي بروايتها هذا الحديث وقوله ولا نفقة للمتوفى
عنها زوجها ظاهر وقوله كل فرقة جاءت من قبل المراة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج
فلا نفقة لها انما لم يتعرض للسكنى لانها واجبة باي فرقة كانت لان القرار في البيت مستحق عليها
فلا يسقط بمعصيتها فاما النفقة فواجبة لها فتسقط ذلك بمعصية من قبلها واما الردة فقد ذكرها
شيخ الاسلام في مبسوطه وقال انما يسقط نفقة المرتدة اذا خرجت للحبس من بيت العدة واما اذا
اعتدت ولم تخرج من بيت العدة للحبس فلها النفقة وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت
نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة والفرق ما ذكره في الكتاب وهو واضح
قال في النهاية وهذا الذي ذكرنا كله في الطلاق البائن والمطلقات الثلث واما المعتدة بالطلاق
الرجعي اذا وطئها ابن الزوج او قبلها بشهوة وهي مطاوعة او ارتدت فحبست او لم تحبس فلا
نفقة لها لان الطلاق الرجعي لا يقع به الفرقة فكان وقوع الفرقة بسبب جاء منها وهو معصية
فوجب ذلك سقوط النفقة بخلاف الطلاق البائن **فصل** لما فرغ من بيان نفقة الزوجة
شرع في بيان نفقة الاولاد نفقة الاولاد الصغار على الاب خاصة لا يشاركه فيها غيره في ظاهر
الرواية وقد روي عن ابي حنيفة رحمه الله ان النفقة على الاب والام اثلاثا بحسب ميراثهما بقوله تعالى
وعلى الوارث مثل ذلك ووجه الظاهر قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف قيل في
وجه الاستدلال ان رزق الوالدات لما وجب على الاب بسبب الولد وجب عليه رزق الولد بطريق
الاولى وبيان ذلك ان وجوب نفقتهن عليه كان بسبب الولد لان الحكم ترتب على مشتق وترتبه
على المشتق دليل على علية مشتق منه لذلك كما في السارق والزاني وفيه نظر لما تقدم ان علة نفقتهن
على الزوج هو الاحتباس ولا يجوز ان يكون غيره علة لئلا يتوارد علتان على معلول واحد وفي الجواب
ان العلة هو الولاد لكونه هو المؤثر في وجوب النفقة اذ هو السبب للجزئية الحاصلة بين الزوجين
وكما يجب النفقة على نفسه يجب على جزئه والاحتباس علة العلة والعقد الصحيح سبب يفضي
اليه فيجوز اضافة الحكم اليه قبل تحقق الولد فاذا تحقق تضا فالحكم له ويجوز ان يقال الاستدلال
بالاية على نفي مشاركة احد في نفقة الزوجة بتقديم الظرف وقاس عليه نفي المشاركة في نفقة
الولد لان كلا منهما لا يقبلان الاشتراك فكل النفقة الثابتة بهما واذا انتفى الاشتراك فاما ان
يثبت على الاب او على غيره لا سبيل الى الثاني فتعين الاول وان كان الصغير رضيعا فليس على الام
ان ترضعه لما بينا ان الكفاية على الاب واجرة الرضاع كالنفقة فكما انه يجب عليه نفقته اذا فطم
يجب عليه ان يستاجر من يرضعه اذا وجدت ولانها قد لا تقدر على الارضاع لعذر بها فلا معنى

الجبر عليه

الجبر عليه وقيل قوله تعالى لا تضار والدة بولدها معناه بالزامها الارضاع مع كراهتها فان قيل فما معنى
قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين ان كان معناه الاخبار عن فعلهن حين فعلن فلا
يحتاج الى جواب وان كان معناه الامر وهو الظاهر كان محمولا على الندب او الوجوب فيما لم توجد من
ترضعه او لم يقبل الصغير على ثدي غيرها وهو الذي اشار اليه المصنف بقوله اما اذا كان لا توجد من
ترضعه تجبر على الارضاع صيانة للصبي عن الضياع او هو محمول على الوجوب عليها تدينا حتى لا يجوز
استيجارها على الارضاع اذا كانت في عصمته او عدته على ما ذكر في الكتاب واستدر به فان قيل اذا
كان بمعنى الامر وجب ان يتناول باطلاقه المنكوحة والبائنة قلنا ان قوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن
في المطلقات واوجب ايتاء اجورهن عند الارضاع فلو كان قوله يرضعن على اطلاقه لوجب الارضاع على
المطلقات وفي ذلك ابطال العمل باحد الآيتين فوجب حمله على المنكوحة ومن في معناها وهي المطلقة الرجعية
رواية واحدة والمبتوتة في رواية اذا كانتا في العدة عملا بالدليلين بقدر الامكان وكلامه واضح وقوله
ونفقة الصغير واجبة على ابيه وان خالفه في دينه بان اسلم الابن بنفسه والاب كافر او على العكس لما ان
اسلام الصبي العاقل وارتداده صحيح كما تجب نفقة الزوجة وان خالفته في دينها اما الولد فلاطلاق
ما تلونا يريد به قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن ولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه وكفره
لا يؤثر في نفقة نفسه فكذلك في نفقة جزئه واما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه يعني وجوب النفقة
بازاء الاحتباس الثابت به اي بالعقد الصحيح والعقد الصحيح بين المسلم والكافرة الكتابية موجود و
الاحتباس مترتب عليه فيكون السبب موجودا فيجب النفقة فان قيل سلمنا ان السبب موجود لكن لم لا يجوز
ان يكون الكفر مانعا كما في استحقاق الارث فالجواب انه لما كان سببها العقد فالكفر لا ينافي وجوبه كالمهر وثمن
المبيع وغيرهما والميراث ليس سببه العقد وانما مبناه على الولاية والكفر ينافيها وقوله واستدل على نفقة
الزوجة ايضا باطلاق قوله تعالى وعلى المولود له كان احسن تاتيا لانه يدل على نفقتهن بعبارته وعلى نفقة الولد
بالدلالة كما تقدم ولم يحتج الى دفع ما يوهم كلامه من التردد في سبب النفقة فانه جعل ههنا العقد الصحيح و
جعله في قوله وعلى المولود الولادة وقبله الاحتباس الحاصل بالعقد ودفعه بما قدمنا وقوله في جميع ما ذكرنا
اي من نفقة الولد مع موافقة الدين ومخالفته انما يجب على الاب اذا لم يكن للصغير مال وتنكير مال يشير الى عموم
يرفعه في سياق النفي سواء كان في جنس النفقة او من غير جنسها او دورا او عقارا او ثيابا قال في الذخيرة
اذا كان للصغير عقار او ثياب واحتيج الى ذلك للنفقة كان للاب ان يبيع ذلك كله وينفق عليه لان الاصل في
نفقة الانسان ان يكون في مال نفسه صغيرا كان او كبيرا واعترض بان نفقة المراة على زوجها وان كان لها مال
فالاصل منقوض والجواب ان الاصل عبارة عن حالة مستمرة ولا يتغير الا بامر ضروري وقد تحقق في نفقة المراة
امر ضروري فتغير وذلك لان نفقة المراة في مقابلة الاحتباس فما دام الاحتباس قائما كانت النفقة واجبة

محققا للمعادلة ونفقة الولد للحاجة ولا حاجة مع الغنى **فصل** لما فرغ من بيان نفقة الولد شرع في
بيان نفقة الوالد قوله ويجب على الابن ان ينفق على ابويه واجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينهم
اما الابوان فلقوله تعالى وان جاهداك على ان تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا
قيل نزلت في سعد بن ابي وقاص حين اسلم وقالت له امه جميلة يا سعد بلغني انك صبوت فوالله لا يظلني سقف
بيت من الضح والريح ولا اكل ولا اشرب حتى تكفر بمحمد عليه الصلاة والسلام وترجع الى ما كنت عليه وكان احب ولدها فابى سعد الفتح الشمس غاية
وصبرت هي ثلاثة ايام ولم تاكل ولم تشرب ولم تستظل بظل حتى غشي عليها فاتى سعد النبي عليه السلام وشكا
ذلك اليه فنزلت هذه الاية وليس من المعروف ان يعيش الولد في نعم الله تعالى ويترك من كان سببا له في تلك العيشة حتى
يموت من الجوع فقد قيل فسر النبي صلى الله عليه وسلم حسن المصاحبة بان يطعمهما اذا جاعا ويكسوهما اذا عريا
وكلامه واضح قوله لما تلونا اراد به قوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولم يذكر المصنف ههنا ان الاب اذا
كان قادرا على الكسب يجبر الولد على الانفاق عليه او لا قال شمس الائمة السرخسي اذا كان الاب كسوبا والابن
ايضا كسوبا يجبر الابن على الكسب والنفقة على الاب وقال شمس الائمة الحلواني لا يجبر على ذلك واعتبره بذي رحم
المحرم بناء على استحقاق النفقة للفقر والحاجة وهي تندفع عند القدرة على الكسب وشمس الائمة السرخسي ان
يحتاج الى الفرق بين نفقة الولد والوالد فان الولد البالغ اذا كان قادرا على الكسب لا يجب على الاب نفقته و
فرق بينهما بفضيلة الوالد على الولد حيث اعتبرت حاجته ضرورية كانت كالنفقة والكسوة او غيرها
كشهوة الفرج فان للوالد استحقاقا سببيا لاجارة الولد وليس للولد استحقاق سببي لاجارة الوالد فلو
شرط ههنا عجز الوالد عن الكسب لاستحقاق نفقته على ولده كما شرط في حق الابن لوقعت المساواة مع
قيام دليل المفاضلة قوله ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين ظاهر قوله لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا
قال الله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الاية واستشكل بقوله وصاحبهما في الدنيا معروفا فانه
باطلاقه يوجب النفقة للوالدين وان كانا حربيين واجيب بان العمل باطلاقه يفضي الى التعارض المفضي الى
الترك لئلا يمتنع فحمل ذلك على اهل الذمة وهذا على اهل الحرب قوله ولا يجبر على النصراني نفقة اخيه المسلم من فروع علم
قوله ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين متضمنا للفرق بين عدم وجوب النفقة وبين وقوع العتق عند التملك
وكلامه في الفرق بينهما بان النفقة متعلقة بالارث يعني في غير قرابة الولاد بالنص وهو قوله تعالى وعلى الوارث
مثل ذلك والعتق متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث يعني قوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه
وبالمعقول واضح خلا ان قوله دوام ملك اليمين اعلى في القطيعة من حرمان النفقة فان حرمان النفقة
قد يفضي الى الهلاك ودوام ملك اليمين ليس كذلك فكيف يكون اعلى ولان الانفاق صلة احياء حقيقة وصلة
العتق صلة احياء حكما ولا شك في ان الاحياء الحقيقي اعلى والجواب ان الحاجة الى النفقة مقدورة الدفع من غيره احدهم
بان يسال الناس او يتبرع له من غير سؤال فان الهلاك جوعا في العمران مع توفر اصحاب الزكوات والصدقات

والمعروف

والمعروف نادر واما الحاجة الى الاعتاق فانها لا تندفع الا من جانبه واما كون الاحياء الحقيقي اعلى من الحكمي
فبعد تسليمه مردود بعدم تعين تحققه من جانبه لما قلنا **قال** ولا يشارك الولد في نفقة ابويه
احد لا يشارك الولد في نفقة ابويه احد من الاخوة والاخوات والاعمام وغيرهم في ظاهر الرواية لان لهما
تاويلا في مال الولد بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك وكانا غنيين بماله والغني لا يجب نفقته
على غيره فان قيل التاويل ثبت بخبر الواحد فلا يعارض اطلاق قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك قلت الحديث
مشهور ويجوز به الزيادة سلمنا انه من الاحاد لكن ترك اطلاق قوله وعلى الوارث مثل ذلك لما ذكرنا من الدلائل الدالة
على تقييدها بغير قرابة الولاد المستندة الى قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن الاية كما تقدم فان
قلت المنافاة بين الايتين لان قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن يقتضي ان يشارك الجد الابن كما ان قوله
تعالى وعلى الوارث مثل ذلك يقتضيه قلت لما ثبت للوالد التاويل في مال الولد بالاجماع صار غنيا به والغني لا تجب نفقته
على والده فلا يشارك الجد الابن قوله ولانه اقرب الناس اليهما اي الولد اقرب الناس الى الوالدين والاقرب اليهما اولى لا
ستحقاق نفقتهما عليه لانها صلة وجبت بالقرابة فمن كان اقرب فهو اولى بالاستحقاق له وعليه وهي على الذكور
والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان النفقة بين الذكر والانثى اثلاثا للذكر مثل
حظ الانثيين على قياس الميراث وعلى قياس نفقة ذوي الارحام ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب لان المعنى يشملهما
وبيانه ان استحقاق الابوين انما هو باعتبار التاويل وحق الملك لهما في مال الولد لقوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك
لابيك وهذا المعنى يشمل الذكور والاناث فيكونان سواء ولهذا ثبت لهما هذا الاستحقاق مع اختلاف الملة و
ان عدم التوارث قوله وهو الصحيح احتراز عن رواية الحسن قوله والنفقة لكل ذي رحم محرم مبتدا وخبره محذوف
اي النفقة لكل ذي رحم محرم وهو من لا يحل نكاحه على التابيد واجبة اذا كان صغيرا فقيرا او كانت امراة بالغة فقيرة
او كان ذكرا فقيرا زمنا او اعمى لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل بينهما كونه ذا رحم
محرم بدليل قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك فان ذلك للاشارة الى البعيد فيكون اشارة الى اول الاية وهو قوله تعالى وعلى
المولود له رزقهن وكسوتهن فيدل على ان على الوارث النفقة وتقييده بذي الرحم المحرم بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه
وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك ولا شك ان قراءته رضي الله عنه كانت مسموعة عن النبي صلى الله عليه وسلم ثم
لا بد من الحاجة لاستحقاقها لذلك والصفات المذكورة هي الصغر والانوثة والزمانة والعمى امارة الحاجة لتحقق
العجز فان القادر على الكسب غني فان قيل ما بال الابوين لم يجعلا غنيين بقدرتهما على الكسب اجاب بقوله بخلاف
الابوين الى اخره وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وهو ظاهر الرواية قد قدمناه قوله ويجب ذلك يعني النفقة على
قدر الميراث ويجبر عليه اي الانفاق اما التقدير فلان الله تعالى نص على الوارث بقوله وعلى الوارث مثل ذلك تنبيها على
اعتبار المقدار لانه رتب الحكم على المشتق فيكون ما اشتق منه هو العلة فيثبت الحكم بقدر علته وعلى هذا لو اوصى
لورثة فلان وله بنون وبنات كانت الوصية لهم على قدر الميراث وعلى هذا اذا كان الرجل زمنا معسرا وله ابن

معسر صغيرا او كبير زمن وللرجل ثلاثة اخوة متفرقون موسرون فنفقة الرجل على اخيه لابوام وعلى اخيه لام
اسداسا بحسب ميراثهما فاما نفقة الولد فعلى الاخ لابوام خاصة لان ميراث الولد له عند عدم الاب خاصة فانه
عم لابوام فلا يرث معه العم لاب ولا العم لام والحاصل ان من يكون محتاجا يجعل معدوما ويكون النفقة بعده
على من يكون المنعم وارثا بحسب الميراث فان كان الولد ابنة كان نفقة الاب والابنة على الاخ من الاب والام خاصة
اما نفقة الابنة فلما بينا واما نفقة الاب فلان الوارث هٰهنا الاخ لابوام خاصة لان الاخ لابوام يرث مع
الابنة والاخ لام لا يرث معها فلا حاجة الى ان يجعل البنت كالمعدوم ولكن يعتبر صفة الوراثة مع بقائها بخلاف
الابن فانه لا يرث معه احد من الاخوة فلا بد من ان يجعل كالمعدوم واذا جعل كذلك فميراث الاب يكون بين الاخ لاب
والاخ لام ح وام اسداسا فالنفقة عليهما بحسب ذلك وهذا كله اذا كان الميراث فيما بينهم ولم يتجاوز الى غيرهم واما اذا تجاوز اذاء
عنهم الى غيرهم كما اذا كان للصغير الفقير خال موسر وابن عم موسر فالنفقة على ذي الرحم المحرم الذي
لا يرث لا على غير ذي الرحم المحرم الذي هو وارث فيكون فيما نحن فيه على الخال دون ابن العم الذي يأخذ
الميراث لان النفقة على ذي الرحم المحرم وابن العم ليس كذلك والخال كذلك فيجب عليه على ما سنذكره في الكتاب
فان قيل هذه النفقة تجري على الميراث بالنص فكان الواجب ان يجب النفقة على ابن العم لكونه وارثا ولا مبينة ح
يجب على الخال لكونه غير وارث واجيب بان نفقة ذي الرحم المحرم واجبة تحقيقا للصلة وتحقيق صلة
قرابة ابن العم ليس بواجب بدليل جواز المناكحة في حقه بخلاف الخال فان صلته واجبة والنفقة منها فيجب
عليه قال ويجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن كلامه ظاهر وقوله وجه الفرق يعني بين
نفقة الولد الصغير حيث وجبت بجملتها على الاب خاصة وبين نفقة الكبير الزمن حيث وجب ثلثاها على
الاب والثلث على الام كما في الارث انه اجتمعت للاب في الصغير ولاية ومؤنة حتى وجب عليه صدقة
فطره فكان بمنزلة نفسه وغيره لا يشاركه في النفقة على نفسه فكذا في النفقة على الصغير واما
الكبير فليس للاب عليه ولاية لبلوغه فكان كساير المحارم نفقته معتبرة بميراثه وميراثه يكون
بينهما اثلاثا فكذلك نفقته وقوله اخماسا على قدر الميراث يعني ثلثة الاخماس من الميراث يكون للاخت
لابوام والخمس للاخت لاب والخمس للاخت لام بالفرض والرد فكذلك النفقة على هذا التفصيل وقوله
غير ان المعتبر استثناء من قوله وفي غير الوالد يعتبر على قدر الميراث والمراد باهلية الارث هو ان
لا يكون محروما وفي كلامه لف ونشر حيث قال ان المعتبر اهلية الارث لا احرازه ثم نشر بقوله فان
المعتبر اذا كان له خال يعني وهو موسر وابن عم كذلك فالنفقة على الخال وابن العم يحوز الميراث لا قدرنا
ان الخال ذو رحم محرم دون ابن العم وهذا راجع الى قوله لا احرازه وقوله ولا يجب نفقتهم مع اختلاف
الدين راجع الى قوله المعتبر اهلية الارث وقوله ولا بد من اعتباره اي اعتبار الارث بان يكون اهلا
لا محرزا ولهذا قلنا لا يجب على النصراني نفقة اخيه المسلم ولا عكسه وقوله ولا يجب على الفقير ظاهر وقوله

عا بفضل

وقوله عما يفضل عن نفقة نفسه وعياله شهرا قيل هذا اذا كانت نفقته من مستغلاته او بما فضل عن
ذلك من كسبه الدائم اذا كان معتملا ينفق من كسبه وقوله والفتوى على الاول يعني ان اليسار مقدر
بالنصاب لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة وهو مائتا درهم اذا كان فاضلا عن حوائج الاصلية
وهو الصحيح لان النفقة اشبه بصدقة الفطر لكونها مؤنة من وجه صدقة من وجه والنفقة مؤنة
من كل وجه فلما لم يشترط لوجوب صدقة الفطر الغنى الموجب للزكوة فلان لا يشترط هٰهنا وهي مؤنة
من كل وجه اولى ونقل في خلاصة الفتوى عن الاجناس قال في نوادر ابي يوسف يشترط نصاب الزكوة
ثم قال في الخلاصة هكذا قال الصدر الشهيد في الفتاوى الصغرى لان انتقص منه درهم لا تجب واذا كان
للابن الغائب مال قضي فيه بنفقة ابويه وقوله وقد بينا الوجه فيه يريد ما تقدم من قوله ولا تقضى بنفقة
في مال الغائب الا لهؤلاء في قوله ولهذا كان لهما ان يأخذوا فكان قضاء القاضي اعانة لهم وقوله و
اذا باع ابوه متاعه ظاهر وقوله وكذا لا تملك الام في النفقة مخالف لما ذكر في الاقضية وما ذكره القدوري
من جواز البيع للابوين فاما ان يكون في المسئلة روايتان في رواية الاقضية والقدوري تملك الام البيع
كالاب لان معنى الولادة يجمعهما وهما في استحقاق النفقة على السواء واما ان يكون ما في الاقضية والقدوري
مؤولا بان الاب هو الذي يبيع لكن منفعتهما اضاف البيع اليهما من حيث ان منفعة البيع يعود اليهما وهو يبيع ء
الظاهر وهو قوله وهو ان للاب ولاية الحفظ في مال الغائب واعترض عليه بانه كذلك لكن الفرض انه يبيعه
للنفقة والناصح يبطل ان لو كان قصده البيع للحفظ واجيب بانه لما جاز بيعه للحفظ حقيقة فبقصده الانفاق
لا يتغير تلك الحقيقة اذ لا اثر للعزيمة في تغيير الحقيقة لا يقال عارض جهة الحفظ جهة الاتلاف بالانفاق عارضه نخ
لانا نقول الاتلاف بعد وجوب النفقة وفي الحال لم يجب فلا تعارض وقوله على ما مر اشارة الى ما قال ولهذا كان
لهما ان يأخذوا فكان قضاء القاضي اعانة لهم وقوله لانه ملكه بالضمان يعني ان الاجنبي ملك المدفوع بالضمان
فظهر انه كان متبرعا بماله لنفسه وقوله بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى القاضي بها يعني انها لا تسقط بمضي المدة
لانها تجب في مقابلة الاحتباس لا بطريق الحاجة ولهذا تجب مع يسارها فلا يسقط بحصول الاستغناء فيما مضى
وقوله الا ان يأذن القاضي بالاستدانة عليهم استثناء من قوله فمضت مدة سقطت ومعناه اذا اذن القاضي
بالاستدانة عليه لا تسقط نفقتهم ايضا كنفقة الزوجة وان مضت مدة لان القاضي له ولاية عامة فصار
اذنه بالاستدانة عليه كامر الغائب بها ولو امر الغائب بالاستدانة صار دينا في ذمته لا يسقط بمضي المدة
فكذا اذا اذن القاضي بذلك واذا تذكرت ان نفقة الزوجة جزاء الاحتباس ونفقة الاقارب للكفاية ظهر لك
وجه ما قال في الذخيرة ان القاضي اذا فرض للزوجة في الشهر ماية فمضت المدة وفي يدها منه شيء لم يحتسب
للشهر الثاني ولو كان ذلك في نفقة الاقارب حوسب به وان القاضي اذا فرض للزوجة كسوة بمدة معينة
فسرقت ليس عليه ان يكسوها حتى يفرغ المدة ولو كان ذلك في الاقارب وجب عليه ان يكسوهم فصل

جمع في هذا الفصل بين نفقة الرقيق وغيره من الحيوانات واخره عن الجميع وهو في محزه ظاهر مذهب اصحابنا رحمهم الله ان الانسان لا يجبر على الانفاق على ملكه سوى الرقيق قوله واما في الدواب فيفتى فيما بينه وبين الله تعالى بالانفاق عليها قوله وفي غير الدواب كالدور والعقار فانه لا يفتى به ايضا الا انه اذا كان فيه تضييع المال كان ترك الانفاق مكروها وكلامه واضح قوله وفرق بين نفقة الزوجة والمملوك في ان المولى اذا امتنع عن الانفاق وهو ممن لا كسب له اجبر على بيع المملوك والزوج اذا عجز عن الانفاق على الزوجة لا يجبر على الطلاق بان في الاجبار على البيع زوال ملك المولى الى خلف وهو الثمن وفي عدمه فوات حق المملوك لا الى خلف لان نفقة المملوك لا يصير دينا على المولى بحال من الاحوال قوله واما في النكاح ففي الاجبار على التفريق فوات ملك الزوج بلا خلف وفي عدمه فوات حق المراة في الحال الى خلف لصيرورة نفقتها بقضاء القاضي دينا على الزوج فكان تاخيرا قوله على ما ذكرنا اشارة الى قوله بخلاف نفقة الازواج اذا قضى بها القاضي لانها تجب مع يسارها فلا يسقط فكان الضرر اللاحق بالزوج اشد فكان بالدفع اولى قوله وعن ابي يوسف انه يجبر وهو قول الشافعي وقاسه على الرقيق قوله والاصح ما قلناه يعني من عدم الجبر لان اجبار القاضي المولى على مملوكه نوع قضاء والقضاء لا بد له من مقضي له وهو من اهل الاستحقاق وهذا يوجد في الرقيق لكونه من اهل ان يستحق حقا على المولى وعلى غيره في الجملة الا يرى انه بالكتابة يستحق حقوقا على المولى وان كان مملوكا فاما غير الرقيق فلا يستحق على المولى حقا فلا يصلح ان يكون مقضيا له فانعدم شرط القضاء فينعدم القضاء

كتاب العتاق

ذكر العتاق بعد الطلاق لمناسبة بينهما في انه اسقاط يبنى على السراية واللزوم كالطلاق حتى صح التعليق وصار اعتاق البعض كاعتاق الكل اما افسادا في الملك وتحقيقا للعتق ولم يقبل الفسخ بعد الثبوت كالطلاق قوله ومن محاسنه انه احياء حكمي يخرج العبد عن كونه ملحقا بالجمادات الى كونه اهلا لكرامات البشر من قبول الشهادة والولاية قوله وتفسيره في اللغة القوة يقال عتق الفرخ اذا قوي وطار عن وكره قوله وفي الشريعة قوة حكمية يصير المرء بها اهلا للشهادة والولاية والقضاء قوله واسبابه كثيرة منها الاعتاق ومنها دعوى النسب ومنها الاستيلاد ومنها ملك القريب ومنها زوال يد المالك فيما اذا اشترى الحربي في دارنا عبدا مسلما فدخل به في دار الحرب فانه يعتق في قول ابي حنيفة ومنها الاقرار بحرية العبد اذا اشتراه بعد ذلك قوله وشرطه كون المعتق حرا بالغا عاقلا مالكا كملك اليمين قوله وركنه ما يثبت به العتق وهو نوعان صريح وكناية قوله وحكمه زوال الرق والملك عن المحل قوله وانواعه المرسل والمعلق والمضاف الى ما بعد الموت وكل منها اما ببدل او غيره قوله كلامه ظاهر سوى الفاظ نذكرها قوله شرط الحرية لان العتق يعني الاعتاق لانه قال والبلوغ لان الصبي ليس من اهله والصبي من اهل العتق الا يرى لو ورث اخاه عتق عليه فدل على ان مراده بالعتق الاعتاق والصبي ليس من اهله لكونه ضررا محضا ويدل على ذلك ايضا قوله لان المجنون ليس باهل للتصرف فان الاعتاق تصرف لا العتق قوله ولهذا اي ولكون البلوغ والعقل شرطا اذا قال البالغ اعتقت وانا صبي فالقول قوله لانه لما اسنده الى حالة منافية

او الوصف او النداء اما صيغة الخبر ح

للاعتاق كان انكارا منه للاعتاق والقول قول المنكر قوله لانه ليس باهل لقول ملزم يعني لان الصبي محجور عن الاقوال فان قيل لا نسلم ذلك بل هو اهل له الا يرى ان صبيا لو اقر بالرق لزمه حتى ادعى بعد البلوغ حرية الاصل لا يسمع دعواه اجيب بان الملزم ثمه هو يد صاحب اليد لا اقراره مؤكد قوله واذا قال لعبده او امته انت حر فالى في المبسوط الالفاظ التي يحصل بها العتق نوعان صريح وكناية والصريح لفظ العتق والحرية والولاء سواء ذكر هذه الالفاظ بصيغة الخبر او الوصف او النداء اما صيغة الخبر فان يقول قد اعتقتك او حررتك واما صيغة الوصف فان يقول انت حر وانت عتيق واما المنادى فان يقول يا حر يا عتيق وكذلك لو قال لعبده هذا مولاي الى اخره قوله وسنقرره من بعد اراد به قوله في مسئلة يا ابني على ما سيجيء قوله الا اذا سماه حرا استثناء من قوله ولو قال له يا حر قوله وكذا العكس يعني بان ناداه بقوله يا حر وكان لقبه ازاد قوله فيعتبر اخبارا عن الوصف قيل فيه نظر لانه اذا لم يكن حرا علما له كان قوله يا حر انشاء للحرية لا اخبارا عن الوصف واجيب بانه اذا لم يكن علما كان المنادى في الحقيقة ذاتا موصوفة بصفة الحرية والوصف في الحقيقة خبر عن الموصوف فكان النداء اخبارا بان المنادى موصوف بهذه الصفة قوله وسياتيك الاختلاف فيه يريد الاختلاف في تجزي الاعتاق على ما نذكره قوله وقد بيناه يعني في الطلاق قوله وكذا قوله لامته قد اطلقتك يعني ان نوى العتق يقع لكونه بمنزلة قوله خليت سبيلك لمناسبتها للارسال والتخلية بخلاف قوله طلقتك فانه لا تعتق فانها لانه صار صريحا في الطلاق عن النكاح فلا يثبت به العتق على ما ياتي بيانه قوله لان السلطان عبارة عن اليد يقال لفلان سلطنة ويراد بها القدرة الثابتة من حيث اليد والاستيلاء فنفيه نفي لليد فكانه قال لا يد لي عليك ولو قال ذلك ونوى به العتق لم يعتق لجواز ان يزول اليد ويبقى الملك كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لان السبيل المضاف الى العبد كناية عن الملك لانه طريق الى نفاذ التصرف فيه ولو نفى الملك بان قال لا ملك لي عليك ونوى العتق عتق قوله فان قيل زوال اليد اما ان يكون ملزوما لزوال الملك او لازما له فان كان الاول فليكن مجازا لان المجاز ذكر الملزوم وارادة اللازم وان كان الثاني فليكن كناية لان الكناية ذكر اللازم وارادة الملزوم قوله فالجواب انه ليس بملزوم لزوال الملك لانفكاكه عنه كما في المكاتب على ما ذكرنا ولا بلازم له لانفكاك زوال الملك عنه فان الملك يزول بالبيع قبل التسليم واليد باق الى ان يسلم قوله لان للمولى على المكاتب سبيلا يعني من حيث المطالبة ببدل الكتابة حتى اذا انتفى ذلك بالبراءة عنه يعتق

قال ولو قال هذا ابني قوله ومن قال لعبده وهو يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف هذا ابني وثبت على ذلك ثبت النسب فيعتق عليه قوله ومعنى قوله ثبت على ذلك لم يدع الكرامة والشفقة كذا في شرح القدوري لابي الفضل حتى لو ادعى ذلك صدق قوله وقيل اثبات شرط النسب لكون الرجوع صحيحا دون العتق ح قوله وقيل هو شرط اتفاقي لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب لانه ليس له نسب معروف فيثبت نسبه واذا ثبت عتق لاستناد النسب الى وقت العلوق وان كان نسب

معروف بعد ثبوت النسب لكنه يعتق اعمالا للفظ في مجازه عند تعذر الحقيقة وسيجيء بيان مجوز المجاز
ولو قال هذا مولاي ظاهر وقيل ما ذكر المصنف من معنى المولى وهو المشهور فاقتصر عليه وهو مستعمل في
ثلثة وعشرين معنى ذكرها ابن الاثير اما مجيء بمعنى الناصر فكما في قوله تعالى ذلك بان الله مولى الذين امنوا
وان الكافرين لا مولى لهم واما بمعنى ابن العم فكما في قوله تعالى واني خفت الموالي من ورائي وقوله والثالث
نوع مجاز بمعنى الموالاة في الدين لان المولى مشتق من الولي وهو القرب ولا قرب بين البشر قربا والمقرب
من حيث الحقيقة لا من حيث النسب ولا من حيث المكان فيعتبر القرب من حيث الدين ولهذا اجاز تعقيبه كذا
في بعض الشروح ومصححه الفرض والتقدير وقوله فالتحق بالصريح يعني بدلالة الحال في المحل وهو كونه
عبدا وقوله واما الثاني يعني به قوله يا مولاي وقوله بخلاف ما ذكر يعني قوله يا سيدي يا مالكي لانه ليس فيه ما
يختص بالعتق معناه ان معنى قوله يا مولاي يا من له عليه ولاء العتاقة حيث تعين الاسفل مرادا
فثبت بهذا القول ما يختص بالعتق وهو الولاء وهو يقتضي سابقة العتق بخلاف قوله يا سيدي يا مالكي
فان معناه يا من له السيادة والملك ولم يثبت به شيء يختص بالعتق فيحمل على المجاز وهو الاكرام والتلطف
قوله ولو قال يا ابني يا اخي لم يعتق فرق بينهما وبين قوله يا حر في وقوع العتق به دونهما بان النداء اذا كان
بوصف يمكن اثباته من جهته كان النداء لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص
كما في قوله يا حر فانه قادر على اثبات صفة الحرية فيه من جهته في الحال علمنا بمعنى في قوله انه نداء هو
صريح وهو استحضار المنادى له آخره واذا كان بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون
تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه لو اختلق من ماء غيره لا
يكون ابنا له بهذا النداء فكان لمجرد الاعلام هذا ظاهر الرواية وروي عن ابي حنيفة رحمه الله انه يعتق
فيهما اي قوله يا ابني يا اخي والحاصل ان العتق يقع بالنداء بثلثة الفاظ في ظاهر الرواية يا حر يا عتيق
يا مولاي وفي رواية الحسن بخمسة الفاظ بالثلثة المذكورة وبقوله يا ابني ويا اخي والاعتماد على الظاهر وقوله
ولو قال يا ابن ظاهر قال وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله اذا قال لعبده وهو اكبر سنا منه هذا ابني عتق عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يعتق وهو قول ابي حنيفة اولا وهذا قول الشافعي رح واصل هذه المسئلة ان
المجاز خلف عن الحقيقة في الحكم عندهما وفي التكلم عند ابي حنيفة على ما عرف في الاصول وقد قررناه في
التقرير فقالا الحكم ههنا محال ولا تصور المجاز بخلاف الاصغر سنا فان الحقيقة فيه متصورة لامكان
ان يكون العلوق منه واشتهر نسبه من غيره فصار كما لو قال اعتقتك قبل ان تخلق او اخلق وقال تصور حكم
الحقيقة ليس بشرط فانه لو قال الحر اشتريتك بكرا كان نكاحا صحيحا والحرة ليست بمحل للبيع بل الشرط
صحة التكلم وقوله هذا ابني كلام صحيح في محله من مبتدا وخبر وهو ملزوم لقوله هذا حر من حين ملكته لان
البنوة اذا ثبتت في المملوك كان حرا من حين العلوق وذكر الملزوم وارادة اللازم هو المجاز فصار كانه قال هذا

علي ح

او يا ح

ابو حنيفة رح ح

حر

حر من حين ملكته وذلك يوجب العتق لا محالة فيحمل على ذلك تصحيحا لكلامه بخلاف ما استشهدا به
على بناء المفعول لانه لا وجه للمجاز اذ ليس قوله اعتقتك قبل ان اخلق ملزوما لقوله انت حر من حين
ملكت لان الاول يقتضي عدم ورود الملك عليه والثاني يقتضي وروده البتة والشيء لا يكون ملزوما
لما ينافيه والا لزم انفكاك الملزوم عن اللازم وهو محال وقوله وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره قطعت
يدك فاخرجهما صحيحتين جواب عما يقال لو كان صحة ذكر الملزوم وارادة اللازم مجوزة للمجاز و
ان لم يكن الحكم متصورا لوجب عليه الارش في الصورة المذكورة لان القطع خطا سبب لوجوب المال
فيكون قوله قطعت يدك مجازا عن قوله لك علي خمسة آلاف درهم واللازم باطل فالملزوم مثله
وتقرير جوابه ان القطع خطأ ليس بسبب لمال مطلق بل لما يخالف المال المطلق في الوصف وهو
الارش حتى وجب على العاقلة في سنتين بلفظ التثنية كذا في النهاية وذلك المال الذي هو مسبب
عن القطع لا يمكن اثباته بدون القطع وما هو مسبب لا يمكن اثباته ليس مسبب وحاصله انه من الفروع
مما يتعذر فيه الحقيقة والمجاز فيلغوا اما الحقيقة فظاهرة واما المجاز فلان قطع اليد خطأ ملزوم
للارش الذي هو ملزوم القطع واللازم وهو القطع منتف فالملزوم وهو الارش كذلك وقوله اما
الحرية لا تختلف معناه الحرية التي جعلنا قوله هذا ابني وهي الحرية من حين ملك مجازا عنها لا
تختلف ذاتا وهو زوال الرق ولا حكما وهو صلاحيته للقضاء والشهادة والولايات كلها فامكن
جعله اي جعل قوله هذا ابني مجازا عنها اي عن الحرية على ما مر بدل العتق او المذكور وقوله ولو قال هذا ابي او
امي ومثله لا يولد لمثلهما فهو على الخلاف وهو الاظهر وقوله لما بينا يعني الوجه من الجانبين في قوله
هذا ابني وقوله ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف والوجهما تقدم وقيل لا يعتق بالاجماع
لان هذا الكلام لا موجب له في الملك من بنوة او حرية الا بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة
في كلامه فتعذر ان يجعل مجازا عن الموجب وهذا يشير الى ان الواسطة لو كانت مذكورة مثل ان
يقول هذا جدي ابو ابي عتق وقد ذكره بعض الشارحين بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا
في الملك بلا واسطة وقوله ولو قال هذا اخي لا يعتق في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة رح
انه يعتق ووجه الروايتين ما بيناه اما وجه رواية العتق فما ذكره بقوله وهذا لان البنوة في
المملوك سبب الحرية الى آخره فكذلك ههنا الاخوة في الملك توجب العتق واما وجه رواية عدم
العتق فقوله في مسئلة الجد لان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة وكذلك ههنا الاخوة
لا يكون الا بواسطة الاب او الام لانها عبارة عن مجاورة في صلب او رحم وهذه الواسطة غير مذكورة
ولا موجب لهذه الكلمة بدون هذه الواسطة قال في المبسوط ان اختلاف الروايتين في الاخ انما كان
اذا ذكره مطلقا بان قال هذا اخي واما اذا ذكره مقيدا وقال هذا اخي لابي ولامي فيعتق من غير

وما يمكن اثباته ح

القطع ح

لو ح

اخي ح

نردد لان مطلق الاخوة مشترك قد يراد بها الاخوة في الدين قال الله تعالى انما المؤمنون اخوة وقد يراد بها الاتحاد في القبيلة قال الله تعالى والى عاد اخاهم هودا وقد يراد بها الاخوة في النسب فالمشترك لا يكون حجة فان قيل البنوة ايضا تختلف بين نسب ورضاع فكيف ثبت العتق بالاطلاق في قوله هذا ابني اجيب بان البنوة من الرضاع مجاز والمجاز لا يعارض الحقيقة ولو قال لعبده هذا بنتي فقد قيل هو على الخلاف وقيل هو اي عدم العتق بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى لان الذكور والاناث من بني آدم جنسان مختلفان واذا لم يكن المشار اليه من جنس المسمى يتعلق الحكم بالمسمى لما تقدم في كتاب النكاح والمسمى هنا معدوم فلا يكون معتبرا حقيقة ولا مجازا عن الابن لعدم الملازمة بينهما وقوله وان قال لامته انت طالق وبابن ظاهر الى قوله وعلى اللفظين وهو جواب عما يقال الاعتاق اثبات القوة ولهذا يتبعه الاحكام مثل الاهلية والولاية والشهادة فاني يشبه الطلاق الذي هو اسقاط محض وتقرير الجواب بان الاعتاق ايضا اسقاط بدليل صحة التعليق فيهما واما الاحكام فليست بارادة لانها ثابتة بسبب سابق وهو كونه آدميا مكلفا غير ان الاعتاق ازال المانع فاستوى الاعتاق والطلاق وقوله ولهذا اي ولكون العتق محتمل لفظه يصلح لفظ العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه لان مبنى المجاز على المناسبة والشيء لا يناسب شيئا الا والآخر يناسبه وانما قال على ما قال مشايخهم لان المنصوص عن الشافعي صريح لفظ الطلاق فحسب واصحابه قاسوا عليها ساير الفاظ الصريح والكناية ولنا انه نوى ما لا يحتمله كلامه لانه لا مناسبة بينهما تجوز الاستعارة لان الاعتاق لغة اثبات القوة مأخوذ من قولهم عتق الطير اذا قوي وطار عن وكره وفي الشرع ايضا كذلك لان العبد الحق بالجمادات وبالاعتاق يحيى فيقدر والطلاق في اللغة رفع القيد مأخوذ من قولهم اطلقت البعير عن القيد اذا حللته وهو عبارة عن رفع المانع عن الانطلاق لا اثبات قوة الانطلاق وكذلك في الشرع لان المنكوحة لم تزل مالكية فانها قادرة الا ان قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فيظهر القوة وليس بين اثبات القوة الشرعية في محل لم يكن وبين رفع المانع ليعمل القوة الثابتة في محلها مناسبة ولا خفاء ان الاول اقوى والادنى لا يصلح ان يكون مستعارا للاعلى على ما يذكر ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح لان ملك اليمين قد يستلزم ملك المتعة اذا صادف الجواري الخالية عما يمنع عن الاستمتاع بهن واما ملك النكاح فلا يستلزم ملك اليمين اصلا وكل ما هو اقوى فاسقاطه اقوى فملك اليمين اسقاطه اقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه وهذا لان مثل هذا المجاز انما يكون فيما اذا وجد وضعا مشتركا بين ملزوم مختلفين في الحقيقة هو في احدهما اقوى منه في الآخر واستند الحاق الاضعف بالاقوى على وجه التسوية بينهما فيدعي ان ملزوم الاضعف من جنس ملزوم الاقوى وتطلق عليه اسم الاقوى كما اذا كان عندك شجاع وانت تريد ان تلحق جراته وقوته بجراة الاسد وقوته فتدعي الاسدية له باطلاق اسم الاسد عليه وهذا كما ترى انما يكون باطلاق اسم القوى على الضعيف دون العكس واذا ظهر هذا بعد العلم بان ازالة ملك اليمين اقوى ظهر لك جواز استعارة الفاظ العتاق للطلاق

ان اعتاقه والفرق بين التكليفين المذكورتين في الكتاب ان في الاولى منع المناسبة واظهار السند بان الاعتاق اثبات والطلاق رفع فاني بينهما مناسبة وفي الثانية تسليم ان كلا منهما اسقاط لكن الاعتاق اقوى وهو ينافي الاستعارة وقوله واذا قال لعبده انت مثل الحر اطلاقه يشير الى انه نوى العتق او لم ينو لم يعتق وذكر في المبسوط لم يعتق الا بالنية وفي تعليله اشارة الى ذلك لانه قال لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية ولا شك اذا نوى الحرية زال الشك وقوله عرفا يجوز ان يراد به العرف العام فان العامة يستعملونه للمشاركة في بعض الاوصاف يقولون زيد مثل عمرو مثلا اذا كان عمرو مشهورا بصفة كالعلم والخط او وجود وغيرها ويجوز ان يراد بها العرف الخاص فان بعض اهل العلم يستعملونه في الاتحاد بالحقيقة وقوله ولو قال ما انت الا حر الى آخره ظاهر

فصل

لما ذكر العتق الحاصل بالاعتاق الاختياري الذي هو الاصل ذكر في هذا الفصل عامة مسائل العتق الذي يحصل بغير اختيار كارث قريبه وخروج عبد الحربي الينا مسلما وولد الامة من مولاها والرحم في الاصل وعاء الولد في بطن امه ثم سميت القرابة والوصلة من جهة الولاد رحما ومنه ذو الرحم والمحرم هو الذي لا يجوز النكاح بينهما لو كان احدهما ذكرا والآخر انثى ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق وهذا اللفظ مروي عن رسول الله رواه عمر وعبد الله بن مسعود وعائشة رضي الله عنهم اجمعين وقال عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر رواه الخمسة الا النسائي واللفظ بعمومه يتناول كل قرابة مؤبدة بالمحرمية ولادا او غيره فان قيل الضمير في مثله يعود الى من كما في قوله صلى الله عليه وسلم من دخل دار ابي سفيان فهو آمن امثاله فلا يكون حجة اجيب بان وقوعه جزاء لقوله من ملك ينبو عن ذلك لئلا يلزم تحصيل الحاصل فان ملكه يدل على حريته اذ المملوك لا يملك شيئا فقوله فهو حر لو عاد اليه كان تكرارا غير مفيد فان قيل صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لن يجزي ولد عن والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه عطف بالفاء التي للتعقيب فلا يعتق ما لم يعتقه اجيب بانه دليل اصحاب الظواهر وليس بصحيح للزوم التعارض ومحمله ان مثله يستعمل في حصول الثاني بالاول لا بسبب آخر كما يقال اطعمه فاشبعه وسقاه فارواه وضربه فاوجعه وامثاله وقول الشافعي يخالفنا في غيره اي في غير الولاد واستدل بان ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس ولا يقتضيه وكل ما ينفيه القياس الحق به شيء آخر بالقياس وكل ما لا يقتضيه لا يدخل غيره فيه بالاستدلال اي بدلالة النص الا اذا كان الملحق في معنى الملحق به من كل وجه وههنا ليس كذلك لان قرابة الاخوة او ما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولا يمتنع فيه ولنا ان ما روينا وهو قوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية وكل من فعل ذلك عتق عليه اما انه ملك ذلك فبالاجماع واما ان كل من فعل ذلك عتق عليه فبالقياس على الولاد لان هذا المعنى وهو تملك القريب المحرم هو العلة المؤثرة في الولاد والولاد ملغى لانها اي القرابة المؤثرة في المحرمية هي التي يفترض وصلها ويحرم

قطعيا حتى وجبت النفقة وحرم النكاح اما حرمة النكاح فبالاجماع واما وجوب النفقة فمذهبنا لكن لما
اثبت ذلك من قبل بدليل قطعي وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك كان ثابتا البتة فاستدل به ولكنا نحتاج هنا الى
نكتة وهو قولهم هذه قرابة صينت عن ادنى الذلين وهو ذل النكاح فلان تصان عن اعلاهما اولى فان
ادعى ان ذل النكاح اعلى فذلك مكابرة تستدعي تفضيل الاماء على الحرائر وهو باطل قطعا واجماعنا على ان
الرضاع يرفع ذل النكاح دون الرق مما يحسم مادة هذه المكابرة فان رافع الاعلى يرفع الادنى لا محالة ولا
فرق بين ان يكون المالك مسلما او كافرا وكذلك المملوك لعمومه وهي القرابة المحرمة للنكاح فان قيل هذه القرابة ان العلة م
اوجبت العتق اوجبت باعتبار الصلة على ما اشار اليه المصنف بقوله هي التي يفترض وصلها وقرابة الاخوة
لا توجب الصلة عند اختلاف الدين ولهذا لا تجب النفقة فلا توجب الاعتاق ايضا اجيب بان علة النفقة
ليست القرابة المحرمة في الاخوة بل بصفة الوراثة بقوله وعلى الوارث مثل ذلك واختلاف الدين يمنع الارث
فكذا ما بني عليه وانما قال او كافرا في دار الاسلام لان الحربي لو ملك في دار الحرب ذا رحم محرم منه لم يعتق عليه
فانه لو اعتقه لم ينفذ عتقه فكذا لا يعتق عليه بالملك فان قيل نفاذ العتق بالاعتاق لا يستلزم عدم
العتق بالملك فان الصبي والمجنون اذا اعتق لم ينفذ واما اذا ملك ذا رحم محرم منه عتق فالجواب
ان الاصل ان ما يقع من العتق بالملك يقع بالاعتاق ايضا لان الوقوع بالملك انما هو بالزام الشرع
لعدم التصرف منه وما لزم بالزامه يلزم بالالتزام ايضا بالاستقراء الا انا تركنا هذا الاصل
في حق الصبي والمجنون بالمانع وهو ان الاعتاق تصرف ضار من كل وجه وليسا من اهله
لما عرف في موضعه وكذا اعتاق المسلم عبدا حربيا في دار الحرب لم يعتق عليه قال في النهاية
وبهذا يعلم ان قوله في دار الاسلام في الكتاب متعلق بمجموع ما ذكر قبله من قوله ولا فرق بين
ما اذا كان المالك مسلما او كافرا لا يختص تعلقه بقوله او كافرا وقوله والمكاتب اذا اشترى اذا م
اخاه جواب عن قول ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد وتقريره لا نسلم انه
لا تكاتب عليه بل قد روي عن ابي حنيفة رح انه يتكاتب على الاخ ايضا ولئن سلمنا فانما لا تكاتب تب
عليه لان المكاتب ليس له ملك تام لقدرته على الاعتاق لانه عبد ما بقي عليه درهم وان الحق
بالملاك فيما هو المقصود من الكتابة ومن لا قدرة له على الاعتاق لا يعتق عليه لان فرض المسألة
عند القدرة فان قيل لو كان كذلك لما عتق عليه قرابة الولاد اجاب بقوله بخلاف الولاد لان العتق
فيه من مقاصد الكتابة لان عتق نفسه كان مقصودا بالكتابة لكونه يتعير بالرق فكذلك يتعير بالولاد
والولد فاذا كان من مقاصدها امتنع البيع فيعتق عليه تحقيقا لمقصود العقد واما حرية الاخ
فليست من مقاصد عقد الكتابة لعدم لحوق العار برقه لحوقه برق ابنه وابيه وقوله وهذا الخلاف
ما اذا ملك بنت عمه جواب نقض اجمالي تقريره لو كان تملك ذي الرحم المحرم علة لعتقه على من ملك لعتقت

ابنة العم التي هي اخته من الرضاعة على ابن عمها اذا اشتراها وليس كذلك وتقرير الجواب ان المراد بالمحرمية محرمية
اثرت فيها القرابة وهذه ليست كذلك لان الرضاع هو المؤثر وذكر هذا الجواب انما هو لزيادة الايضاح لا لكونه
معلوما من اصل دليله حيث قال ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية وهذه لم تكن كذلك والصبي جعل
اهلا لهذا العتق وكذلك المجنون فاذا دخل قريبهما في ملكهما بغير صنع منهما كالارث والهبة عتق
عليهما لان العلة وهي تملك ذي الرحم المحرم قد وجدت وقد تعلق به حق العبد فيعتق وكان
كالنفقة قال ومن اعتق عبدا لوجه الله او للشيطان او للصنم عتق ومن قال لعبده انت حر لوجه الله او للشيطان ن
او للصنم عتق لوجود ركن الاعتاق من اهله مضافا الى محله من غير مانع شرعي فيترتب الحكم عليه
ووصف القربة وهو كونه لوجه الله في الوجه الاول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين
الاخيرين يعني للشيطان والصنم وقوله وعتق المكره واضح وقد تقدم في الطلاق وان اضاف العتق الآخرين
الى ملك مثل ان يقول لعبد الغير ان اشتريتك فانت حر صح كما في الطلاق وان علق بشرط كقوله ان دخلت
الدار فانت حر فكذلك اما الاضافة ففيه خلاف الشافعي وقد تقدم بيانه واما التعليق بالشرط فلان
الاعتاق اسقاط والاسقاط يجري فيه التعليق بالاتفاق بخلاف التمليكات والخلاف فيه بيننا وبين الشافعي
بوجه آخر وهو ان زوال الملك عنده يبطل اليمين وعندنا لا يبطله فاذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت
حر فباعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق عندنا خلافا له وقد عرف في الاصول واذا خرج عبد الحربي
الينا مسلما عتق لقوله عليه السلام في عبيد الطائف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله روى ابن عباس رض
ان عبدين من الطائف خرجا فاسلما فاعتقهما النبي عليه السلام ولانه احرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق
على المسلم ابتداء وقيد بالابتداء لجوازه عليه بقاء لانه في البقاء من الامور الحكمية دون الجزاء فيجوز
بقاؤه كبقاء الاملاك بعد وجود اسبابها وقوله وان اعتق حاملا ظاهر واعترض عليه بانه لو لم يعتق
امه لجاز بيعها وهو لا يجوز بخلاف الهبة واجيب بانه لما عتق ما في بطنها لم يبق الجنين على ملكه فهبة لما م
الامة بعد ذلك صارت بمنزلة هبة الامة واستثناء الحمل واستثناء الحمل في الهبة شرط فاسد و
الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع فانه يفسد بالشرط الفاسد على ما سيجيء وقوله واشتراط
بدل العتق على غير المعتق لا يجوز قيل عليه سلمنا ذلك لكن ينبغي ان يتوقف العتق الى ان يبلغ الحمل الى حد
يكون من اهل القبول وهو ان يكون عاقلا يعقل العقد كما مر في خلع الصغيرة حيث قال فيه وان شرط الالف
عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول بان كانت عاقلة تعقل العقد واجيب بان ذلك صحيح لو كان الشرط
واما هنا فالمسألة مذكورة بكلمة على وكان ذكر المال هنا وصفا للاعتاق ولا يلزم من بطلان الوصف
بطلان الاصل فيثبت العتق ولا يجب المال كما في طلاق الصغيرة وفيه نظر لانه يقتضي انه ان ذكر بكلمة الشرط توقف
ولا اثر فيه من رواية واعتباره بخلع الصغيرة غير صحيح لانه قال فيه وان شرط عليها توقف على قبولها ان كانت

من اهل القبول فالتوقف فيه مشروط بكونها من اهل القبول والحمل لا يصح والاولى ان يقال لما علم المعتق عدم كون
الحمل اهلا للخطاب في قبول الشرط واقدم على العتق كان قاصدا للاعتاق بلا مال او يحمل حاله على ذلك صونا
لكلامه عن الالغاء وقوله على ما مر في الخلع قال في النهاية هذه حوالة غير رابحة اذ يحتمل ان يكون مراده مسألة
الخلع في الجامع الصغير فانه في شروحه فرق بين الخلع والاعتاق لجواز وجوب بدل الخلع على الاجنبي دون الاعتاق
لما ذكرنا ان الاجنبي في معنى المراة في عدم حصول شيء لهما بمقابلة المال فكما جاز عليها جاز على الاجنبي والاعتاق
يثبت القوة الحكمية التي لم تكن للعبد قبله فكان في مقابلة شيء يحصل له والاجنبي ليس في معناه فيكون اشتراط المال
عليه كاشتراط الثمن المبيع على غير المشتري وقوله وانما يعرف قيام الحمل واضح لان التيقن بوجود الحمل
في البطن انما يحصل بذلك وقوله منه اي من وقت العتق وولد الامة من مولاها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق
عليه هذا هو الاصل يعني ان الاصل ان يخلق الولد من ماء صاحب الماء ولا معارضة فيه اي في الولد لان ماء
الامة لا يعارض ماءه لان ماءها مملوك له فيكون الماءان له بخلاف امة الغير لان ماءها مملوك لسيدها
فيتحقق المعارضة وولدها من زوجها مملوك لسيدها لتعارض المائين وترجح جانب الام بامور منها الحضانة
وفيه نظر لان حق الحضانة انما يثبت بعد الولادة فلا يجوز ان يكون مرجحا لما هو قبلها ومنها استهلاك
مائه بمائها لكونهما في موضعه ومنها تيقن كونه مخلوقا من مائها بخلاف ماء الزوج فكان الفراش
من جانبها حقيقة وحكما ومن جانبه حكما فقط والاول ارجح لا محالة ومنها ان الولد ما دام جنينا فهو
بمنزلة عضو من اعضائها تاكيدها ودخلها الا انه ينفصل حسا وشرعا اما حسا فانه يتنفس بنفسها و
ينتقل بانتقالها حتى يقرض بالمقراض عند انفصاله منها واما شرعا فلانه يعتق بعتقها وقوله والمنافاة
متحققة جواب عما يقال الترجيح يحتاج اليه بعد التعارض وتقريره التعارض موجود لان المنافاة متحققة فانه
لو اعتبر جانب الام كان مملوكا لسيدها ولو اعتبر جانب الاب لا يكون مملوكا لسيدها فيثبت المنافاة
بخلاف الولد من المولى فانه للمولى اي جانب اعتبر وقوله والزوج قد رضي به جواب عما يقال اذا اعتبر جانب
الامة حتى يكون الولد مملوكا لمولاها تضرر الاب والضرر مدفوع شرعا وتقريره الزوج قد رضي برق
الولد حيث اقدم تزوج الامة عالما بان الولد يرق وفيه نظر لان العلم بكون الولد رقيقا من زوج الامة
انما يكون بعد ثبوت هذا الحكم في الشرع وكلامنا في شرعيته وقوله بخلاف ولد المغرور ظاهر وولد الحرة حر
على كل حال لان جانبها راجح على ما ذكرنا فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية وانما اورد هذين
اللفظين لتغايرهما من حيث الكمال والنقصان فان في المدبر وام الولد الملك كامل والرق ناقص وفي المكاتب
على عكسه فيكون قوله والتدبير وامية الولد والكتابة كالتدبير لذلك

باب العبد الذي يعتق بعضه

اخر اعتاق البعض عن اعتاق الكل لكونه مختلفا فيه والمتفق عليه اولى بالتقديم واذا اعتق المولى
بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يعتق كله واصله ان

غير رائجة لعدم ذكر ذلك في خلع هذا الكتاب نعم انه مذكور في نحو الجامع الصغير على ما فصل غاية

في الخلع صح

وفيه نظر لان الكلام في اثباته فلا يستدل به عليه صح

يرق صح

بهذا صح

مطلب في الفرق بين الملك والرق

الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما اعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي رح يعني اذا كان المعتق واحدا
او موسرا ان كان العبد مشتركا واما اذا كان معسرا فللشريك الساكت كما كان حق جاز له ان يبيع ويهب
على ما يجيء وكل ما لا يتجزى اضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله قال صاحب الميزان المعنى من
قولنا الاعتاق يتجزى ليس هو ان ذات القول يتجزى او حكمه يتجزى لانه محال بل معنى ذلك ان المحل في قبول
حكم الاعتاق يتجزى فيتصور ثبوته في النصف دون النصف وحاصل الخلاف راجع الى ان اعتاق النصف
هل يوجب زوال الرق عن المحل كله اولا فعنده لا يوجب بل يبقى كل المحل رقيقا ولكن زال الملك بقدره وعندهما
يوجب زوال الرق عن الكل لهما ان الاعتاق اثبات العتق الذي هو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها
التي هو الرق لان المحل لا يخلو عن احدهما فازالة احدهما يوجب اثبات الآخر وهما لا يتجزيان بالاتفاق
فكذلك الاعتاق والا لزم تخلف المعلول عن العلة او تجزي العتق لانه اذا تجزى فاما ان يثبت باعتاق البعض
عتق كل الرقبة او لا يثبت شيء او يثبت بعض وعلى كل من الاولين يلزم تخلف المعلول عن العلة وعلى الاخير
يلزم تجزي العتق وصار الاعتاق كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد في عدم التجزي فان قلت قد
تقدم ان الاعتاق عند الشافعي رحمه الله اسقاط كالطلاق فكيف جعله هنا اثبات العتق قلت يجوز ان يكون
قال ذلك بطريق التغليب غلب جهتهما على جهته فقال لهما ان الاعتاق الى آخره ولابي حنيفة رحمه الله ان
الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك وهو الوصف الشرعي المطلق للتصرف او هو اي الاعتاق ازالة الملك لا اثبات
العتق بازالة ضده الذي هو الرق ولا هو ازالة الرق ليلزم عدم التجزي لان الملك حقه اي حق المعتق والرق
حق الشرع لان الكافر لما استنكف ان يكون عبد الله جازاه الله فصير عبد عبده او حق العامة
لان الغانمين كانوا يقتسمونه وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو ازالة حقه لا حق غيره وهذا كما
ترى بنى الكلام على احد امرين كل منهما مستقل بافادة المطلوب وتقريره الاعتاق اثبات العتق بازالة
الملك والملك متجز فالاعتاق كذلك وانا قلنا بانه اثبات العتق بازالة الملك لا بازالة الرق لان الاعتاق
تصرف لا يتعدى ولاية المتصرف فالاعتاق لا يتعدى التصرف وولاية المتصرف انما يكون على ما هو حقه و
حقه الملك فولايته انما يكون على الملك واما ان الملك متجز فذلك بالاجماع لكنه تعلق به امر غير متجز وهو
العتق وتعلقه به لا يستلزم تجزيه ولا تجزي علته كجواز الصلوة فانه امر غير متجز تعلق بمتجز و
هو الاركان وكذلك الطهارة امر غير متجز تعلق بمتجز وهو غسل الاعضاء المفروضة ولم يستلزم تجزيهما
ولا علتها وهي اباحة الصلوة هذا تقرير احد الامرين وتقرير الآخر الاعتاق ازالة الملك والملك متجز
فالاعتاق ازالة متجز وازالة المتجزي متجزية وبيان ذلك ما ذكرناه وهذا اسهل ماخذا ثم اذا تجزى
الاعتاق بزوال بعض الملك حتى يبقى ما لم يتصف العبد عنده فيجب عليه السعاية والمستسعى بمنزلة المكاتب
عنده اي عند ابي حنيفة لان الاضافة اي اضافة الاعتاق الى البعض توجب ثبوت المالكية في البعض او في الكل

ان صح

غير الرقيق تقسمونه صح

ولاية صح

باعتبار العتق لا يتجزى وبقاء الملك في بعضه يمنعه عن ثبوت المالكية في الكل باعتبار الرق لانه لا يتجزى فقد اجتمع
في العبد ما يوجب ثبوت المالكية في الكل وما يوجب بقاء الملك في الكل والعمل بالدليلين ممكن بان اثبتنا المكاتبة
فعلنا بهما وجعلناه مكاتبا لان المكاتب مالك يدا ومملوك رقبة كالمستسعى ويجوز ان يكون معناه اذ هو
اي معتق البعض مالك يدا لاجل السعاية مملوك رقبة كالمكاتب ويجوز ان يكون معناه اضافة العتق توجب
ثبوت مالكيته في الكل كما هو قولهما وبقاء الملك في بعضه يمنعه كما هو قول ابي حنيفة رح فقلنا انه حر يدا مملوك
رقبة كالمكاتب عملا بالدليلين واذا كان المستسعى كالمكاتب كانت السعاية كبدل الكتابة فلمولاه ان يستسعيه
وله خيار ان يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق فان قيل لو كان بمنزلة المكاتب لعاد رقيقا اذا عجز اجاب
بقوله غير انه اذا عجز لا يرد رقيقا لانه اسقاط لا الى احد والاسقاط لا الى احد ليس في معنى المعاوضة
لانها انما يتحقق بين اثنين واذا لم يتحقق فيه المعاوضة لا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة فانها
اسقاط من المولى الى المكاتب فقدرنا على تحصيل بدل الكتابة فكان فيها معنى المعاوضة فيقال ويفسخ وفي
بعض النسخ لانه اسقاط لا الى احد يعني بخلاف الكتابة المقصودة فان الاسقاط فيها الى احد وهو وقت اداء
البدل وقوله وليس في الطلاق والعفو حالة متوسطة جواب عن قولهم وصار كالطلاق والعفو عن القصاص
ووجهه انا لم نثبت العتق في الكل لامكان العمل بالدليلين لوجود حالة متوسطة بين الحرية والرق و
هي الكتابة فيصار اليها وليس في الطلاق والعفو ذلك فاثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم واما الاستيلاد فهو
متجز عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه حتى لو مات المستولد عتقت من جميع ماله فان
قيل لو كان الاستيلاد متجزيا لاطرد في القنة ايضا اجاب بانه انما لم يتجز في القنة لان المستولد لما ضمن
نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد وصار كانه استولد جارية نفسه لان الا
ستيلاد عنده غير متجز قال واذا كان العبد بين شريكين واذا كان العبد بين شريكين
اذا كان العبد بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق وكلامه واضح ونوقش مناقشة لفظية
وهي ان ابا حنيفة رحمه الله لا يثبت عنده شيء من العتق فما وجه صحة قوله عتق واجيب بان المراد ثبت
استحقاق العتق وزال ملك الشريك مع بقاء الرق في كل العبد وقوله فالولاء بينهما يشير الى انه لا
خلاف في صفة السبب بان يكون اعتاق احدهما بمال واعتاق الاخر بدونه لا ينافي ثبوت الولاء
بينهما جميعا وقولهما في الثاني يعني ان يسار المعتق لا يمنع السعاية لقوله صلى الله عليه وسلم فخلاص العتق
نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الاخر والعلة فيها حد الامرين اما وجوب الضمان
على المعتق موسرا كان او معسرا لانه باعتاق نصيبه مفسد على الشريك نصيبه فانه يتعذر عليه
استدامة ملكه والتصرف في نصيبه وضمان الافساد لا يختلف باليسار والاعسار واما عدم وجوب الضمان
على المعتق لانه متصرف في نصيب نفسه والمتصرف في ملكه لا يكون ولا يلزمه الضمان وان تعدى ضرره

الى ملك الغير كمن سقى ارضه فنزت ارض جاره واحترق الحصائد في ارضه فاحترق شيء من ملك جاره ولكنهما تركا
القياس بالحديث المروي رواه نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ومثله روى عروة عن عائشة رضي الله عنها و
وجه الاستدلال به انه قسم والقسمة تنافي الشركة ووجه ابي حنيفة على ما ذكره في الكتاب ظاهر وقولهما قلنا
يريد به قوله وله انه احتبس مالية نصيبه وقوله الا ان العبد فقير فيستسعيه قيل عليه اذا سعى فالقياس
ان يرجع على المعتق لانه هو الذي ورطه وصار كالعبد المرهون فانه يرجع على الراهن بما سعى واجيب بان عسرة
المعتق منع وجوب الضمان عليه للساكت فكذلك يمنعه للعبد والعبد انما سعى في بدل رقبته وماليته وقد سلم
له ذلك فلا يرجع به على احد بخلاف المرهون فان سعايته ليست في بدل رقبته بل في الدين الثابت في ذمة الراهن
ومن كان مجبرا على قضاء دين في ذمة الغير من غير التزام من جهته يثبت له حق الرجوع به عليه كما في معير
الرهن فان قيل ما ذكر من وجه ابي حنيفة فانما هو قياس في مقابلة النص وهو باطل اجيب بان النبي عليه السلام قسم على
وجه الشرط لانه صلى الله عليه وسلم علق الاستسعاء بفقر المعتق وهو لا ينافي الاستسعاء عند عدمه لان المعلق
بالشرط يقتضي الوجود ولا يقتضي العدم عند العدم فجاز ان يثبت السعاية عند وجود الدليل وان كان موسرا
وقد وجد ذلك على ما ذكرنا من وجه ابي حنيفة وقوله ثم المعتبر يسار التيسير وهو ان يملك من المال قدر قيمة
نصيب الاخر لا يسار الغنى وهو ملك النصاب هذا ظاهر الرواية واستثنى الكفاف وهو المنزل والخادم وثياب
البدن والخن قد روى استثناه ويعتبر قيمة العبد في الضمان والسعاية يوم الاعتاق وكذا حال المعتق
في يساره واعساره فان قال المعتق عتقت وانا معسر وقال الساكت بخلافه نظر اليه يوم ظهر العتق كما
في الاجارة اذا اختلفا في انقطاع الماء وجريانه وقوله لا يسار الغنى اشارة الى نفي ما ذهب اليه بعض اصحابنا ان
الشرط يسار الغنى حتى لو ملك قدر نصيب الشريك وهو اقل من النصاب كان معسرا اعتبارا لليسار المعهود
وقوله لان به اي بيسار التيسير يعتدل النظر من الجانبين جانب المعتق والساكت بتحقيق ما قصده المعتق
من القربة وايصال بدل حق الساكت اليه وهذا لان قصد المعتق بالاعتاق القربة وتمام ذلك بعتق ما بقي
وذلك انما يحصل بايصال حق الساكت اليه واذا ملك مقدار حقه من المال تمكن من اتمام قصده وايصال حق الساكت اليه
فلا معنى للعدول الى غيره وقوله ثم التخريج على قولهما ظاهر يعني اذا ان هذه المسئلة مبنية على حرفين اي اصلين
بقي الكلام في التخريج وهو على قولهما ظاهر لان الاعتاق اذا لم يكن متجزيا كان المعتق موقعا للعتق في النصيبين
جميعا ويساره مانع عن السعاية فوجب الضمان وانتفى السعاية ولا يرجع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية
عليه في حال اليسار للاصل الثاني فلو رجع لكان عليه السعاية والولاء للمعتق كله لان العتق كله من جهته للاصل الاول
واما التخريج على قوله فخيار الاعتاق للشريك على الحرف الاول لان الاعتاق اذا كان متجزيا كان ملكه في الباقي قائما فجاز
اعتاقه واما التضمين فلان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة وغير ذلك مما سوى الاعتاق
وتوابعه من التدبير والكتابة ولقائل ان يقول التضمين على مذهبه لا يعتمد على احد الاصلين بل على الاصل الثاني فظاهر

واما على الاصل الاول فلان التجزي ان لم يكن مانعا عن الضمان فلا يكون موجبا له والجواب ان الحرفين مبني المسئلة من
حيث المذهبان لا من حيث كل واحد منهما والضمان على مذهبهما معتمد على عدم التجزي لا محالة على انا نقول ان التجزي
ان لم يوجب الضمان من حيث هو تجز يوجبه من حيثية اخرى وهو افساد النصيب فكان معتمدا عليه في الجملة
وقوله والاستسعاء معطوف على قوله والتضمين وقوله لما بينا اشارة الى قوله ولنا انه احتبس ماليته نصيبه
عند العبد وهو مبني على الاصل الثاني وقوله ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت باداء الضمان وقد كان
له ذلك اي اخذ القيمة بالاستسعاء بناء على الاصل الثاني فكذا من قام مقامه كالمدبر اذا قتل في يد الغاصب وضمن
القيمة كان له ان يرجع بما ضمن على القاتل ولانه ملكه باداء الضمان ضمنا فصار كان الكل له وقد اعتق بعضه فله
ان يعتق الباقي او يستسعي ان شاء وقوله ضمنا جواب عما يقال المكاتب لا يقبل النقل والمستسعى كالمكاتب فكيف قيل
ذلك وتقريره ان ذلك ضمني والضمنيات لا تعتبر وقوله والولاء للمعتق في هذا الوجه يعني اذا ضمن المعتق وهو ظاهر
وقوله لما بينا اشارة الى قوله احتبست مالية نصيبه وقوله ولا يرجع المستسعى على المعتق ظاهر وقد قدمناه جوابا
لسوال وقوله وقول الشافعي في الموسر بيان لموضع خلاف الشافعي فانه ذكر في اول الباب مطلقا فاحتاج ان يبينه
ههنا وقوله ولا راض به اي بالاعتاق لان الرضى انما يتحقق بعد العلم والمولى منفرد بالاعتاق فلا يكون العبد عالما به
فلا يكون راضيا وقوله فتعين ما عيناه يعني عتق ما عتق ورق ما رق وقلنا الى الاستسعاء لان الاستسعاء في وجه
الى الجناية كما في اعتاق العبد المرهون اذا كان الراهن معسرا بل يبتني على احتباس المالية وهو موجود كما تقدم غير مرة
واذا كان الى الاستسعاء سبيل لا يصار الى الجمع بين الرق الموجب للمالكية الحاصل من اعتاق البعض والضعف السالب
لها لصحة البيع وامثاله في شخص واحد **قال** ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه كلامه الا ما ينبه على
قوله بالعتق اي بالاعتاق وقوله في زعمه اي في زعم كل واحد منهما وقوله فيصدق يعني كل واحد منهما في حق نفسه
وقوله لانه مكاتبه اي على تقدير الصدق وقوله او مملوكه يعني على تقدير الكذب فهو لف ونشر مشوش وانما يتفاوت
الاستسعاء على التقديرين لان المولى اذا كان كاذبا في قوله اعتق شريكي نصيبه يكون الكسب للمولى والمراد بالاستسعاء
هو ان يكون الكسب للمولى واذا كان صادقا في قوله اعتق شريكي يكون مقرا بان العبد صار مكاتبا باعتبار تجزئ
الاعتاق عند ابي حنيفة وكان الاستسعاء حينئذ بمنزلة اخذ بدل الكتابة وذلك ايضا جائز وقوله لان
حقه في الحالين اي لان حق المولى في اليسار والاعسار في احد شيئين اي التضمين والاستسعاء وقوله وقد تعذر
التضمين لانكار الشريك اعترض عليه بانه لم يتعذر التضمين على تقدير التحليف فانه لما انكر يحلف وان نكل وجب
الضمان واجيب بانه لما كان من اعتقاد كل واحد منهما انه اعتقه صاحبه يحلفه ولم يجب الضمان على تقدير الحلف فتعين
السعاية فلا فائدة في التحليف بل يتعين السعاية بلا تحليف لان مآله اليه وقوله على ما بينا يريد به قوله لانا
تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان او صادقا كذا في النهاية وقيل هو اشارة الى قوله لانه مكاتبه او مملوكه ولو
قال احد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الآخر ان دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدرى

سبيل ع

ادخل

ادخل ام لا عتق النصف وسعى لهما في النصف وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لكن عند ابي حنيفة
لا فرق بين ان يكونا موسرين او معسرين او كان احدهما موسرا والآخر معسرا لان يسار المعتق عنده لا
يمنع وجوب السعاية على العبد فيسعى لهما في استحقاق النصف الباقي على السواء وعند ابي يوسف ان كانا
معسرين فكذلك وان كانا موسرين لم يسع لواحد منهما في شيء لان كل واحد منهما يتبرأ عن السعاية ويدعي
الضمان على شريكه لان يسار المعتق يمنع السعاية وان كان احدهما موسرا والآخر معسرا سعى في ربع قيمته
للموسر منهما لان المعسر يدعي الضمان على شريكه ويتبرأ من سعاية العبد فيسقط حصته عنه والموسر يدعي
على العبد فيسعى له في حصته وقال محمد يسعى في جميع قيمته بينهما نصفين ان كانا معسرين وان كانا
موسرين لم يسع لواحد منهما في شيء وان كان احدهما موسرا والآخر معسرا سعى في نصف قيمته للموسر
منهما لان المعسر تبرأ عن السعاية والموسر يدعيها فان يسار المعتق عنده ايضا يمنع وجوب السعاية ووجه
قول محمد فيما اذا كانا معسرين ان المقضي عليه بسقوط حقه في السعاية وهو الحانث منهما مجهول والمجهول
لا يجوز القضاء عليه فصار كما اذا قال لغيره لك على احدنا الف درهم فانه لا يقضى بشيء للجهالة كذا هذا
ولهما انا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان احدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف
يقضى بوجوب الكل وقوله والجهالة بالشيوع جواب عن قوله المقضي عليه مجهول فان قيل في التوزيع
فساد وهو اسقاط السعاية عن غير المعتق وايجابه للمعتق اجيب بان ذلك متحمل ضرورة دفع الضرر عن
العبد وذلك لانا لو لم نقل بالتوزيع وقلنا بوجوب كل السعاية كما قال محمد فانه فيه ابطال حق غير المعتق
من وجه العبد من كل وجه واما اذا قلنا بالتوزيع فقد كان فيه ابطال حق غير المعتق من وجه فكان التوزيع اولى
وقوله ويتأتى التفريع فيه قد امضيناه في اثناء الكلام وقوله ولو حلفا على عبدين ظاهر وكذلك قوله
واذا اشترى الرجلان الا ما نذكره وقوله ولا ضمان عليه اي على الاب وقوله وكذا اذا ورثاه يعني بالاتفاق
وصورته امرأة اشترت ابن زوجها فماتت عن اخ وزوج كان النصف للزوج ويعتق عليه وامرأة
لها زوج واب ولها غلام وهو ابن زوجها فماتت المرأة صار غلامها ميراثا بين زوجها وابيها وقوله
وقالا في الشرى اشارة الى ما ذكرنا من الاتفاق في صورة الارث وقوله وقد حلف ليعتقنه ان اشترى نصفه
انما قيدنا بالنصف لانه اذا حلف بعتقه ثم اشتراه بشركة الآخر لا يعتق عليه لان الشرط شمل كل العبد ولم يوجد
ووجه قولهما على ما ذكره في الكتاب ظاهر ووجه قوله ما ذكره فيه وتقريره ان الشريك الآخر رضي بافساد نصيبه
ومن رضي بذلك لا يضمن للمفسد كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك اي الدليل على رضاه بافساد
نصيبه انه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لان شراء القريب اعتاق حتى يخرج به عن الكفارة عندنا
والمشاركة في علة العتق رضا بالعتق لا محالة والمراد بالعلة علة العلة لان الشراء علة التملك والتملك في القريب
علة العتق والحكم يضاف الى علة العلة اذا لم يصلح العلة للاضافة اليها وههنا كذلك لان التملك حكم شرعي فثبت بعد

عى

عى السعاية

مباشرة علته بغير اختياره بخلاف الارث فانه لا اعتاق هناك ولهذا لا يخرج به عن الكفارة وقوله
وهذا ضمان افساد يجوز ان يكون جوابا عما يقال لما كان بالرضاء مسقطا للضمان لو كان ضمان
افساد واما اذا كان ضمان تملك فلا يسقط به كما لو استولد احد الشريكين الجارية باذنه فانه لا
يسقط به الضمان لانه ضمان تملك اذ الاستيلاد موضوع لطلب الولد لا للعتق فلا يمكن ان يجعل الواجب
به ضمان عتق وهو غير موضوع له فكان ضمان تملك وقوله وجه الجواب انه ضمان افساد في ظاهر قولهما
حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط بالرضا وانما قيد بقوله في ظاهر قولهما لانه روي عن ابي
يوسف ان هذا ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار فلا يسقط الضمان وقوله ولا يختلف الجواب
بين العلم بالقرابة وعدمه في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رح لان الحكم يدار على السبب لا على العلة
كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للامر ولا يعلم الامر علكم والسبب قد وجد عامر وروى
الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه فصل بين ما اذا كان عالما بالقرابة وبين ما اذا لم يكن عالما
بها في حكم الضمان لان الرضا لا يتحقق الا اذا كان عالما بها وقوله وان بدا الاجنبي ظاهر مما تقدم وكذلك قوله ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر وانما قيد بقوله ممن يملك كله لانه اذا اشترى نصيب
احد الشريكين منه يضمن للساكت بالاجماع وقوله والوجه قد ذكرناه اشارة الى قوله لهما انه ابطل
ولده انه رضي قال واذا كان العبد بين ثلاثة نفر اذا كان العبد بين ثلثة نفر دبره احدهم
وهو موسر ثم اعتقه الاخر وهو موسر فارادوا الضمان اي اراد الا ان مريد الضمان انما هو الساكت
والمدبر دون المعتق فكان المراد بالجمع التثنية او اطلق الجمع بطريق التغليب فللساكت ان يضمن
المدبر ولا يضمن المعتق وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن
وبيان ذلك ان قيمة العبد ان كانت سبعة وعشرين دينارا مثلا فان الساكت يضمن المدبر تسعة و
للمدبر ان يضمن المعتق ستة وذلك لان قيمة المدبر ثلثا قيمته لقن فما التدبير تلف منه تسعة و
كان الاتلاف بالاعتاق واقعا على قيمة المدبر وهي ثلثا قيمته لقن وهو ثمانية عشر وثلث ثمانية عشر
ستة فيضمن المدبر المعتق لذلك الستة فقط ولا يضمنه التسعة التي هي نصيب الساكت مع تلك
الستة التي يضمنه اياها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا العبد للمدبر ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه
موسرا كان او معسرا وقوله واصل هذا ظاهر وقوله على ما مر اشارة الى قوله لان المعتق جان عليه بافساد
نصيبه حيث امتنع عليه البيع الى اخره وقوله غير انه ان يضمن المدبر بيان حصر الضمان على المدبر بعد
ما كان الاعتاق ايضا سبب ضمان وتقرير ذلك ان ضمان المدبر ضمان معاوضة وضمان العتق ضمان جناية
واتلاف والاصل في الضمان هو ضمان المعاوضة فلا يعدل الى غيره الا عند العجز اما ان ضمان المدبر ضمان معاوضة
فلانه يضمن ما اتلفه بالتدبير وهو كان قابلا للنقل فكان ضمانه مقابلا بذلك فانعقد سبب الضمان موجبا للملك

المضمون

المضمون بخلاف ضمان الاعتاق فانه يضمن ما اتلفه وما اتلفه كان بعد تدبير المدبر وذلك غير قابل
للنقل فكان ضمانه ضمانا من غير تملك المضمون وذلك خالص ضمان الجناية واما ان الاصل في الضمان
ضمان المعاوضة فواضح ولهذا جعل الغصب ضمان معاوضة على اصلنا ومما يدل على ان ضمان
المدبر ضمان معاوضة ان من غصب مدبرا فاكتسب عند الغاصب كسبا ثم ابق فلم يرجع من
اباقه حتى مات كان ذلك الكسب للغاصب قال في النهاية والمسئلة في اخر باب النهي من اصول الفقه
لشمس الائمة السرخسي وانما يكون الكسب له اذا كان المدبر ملكا للغاصب عند اداء الضمان فلما اعتبر
ضمان المدبر وهو غير قابل للنقل ضمان معاوضة فلان يعتبر ضمان المدبر وما اتلفه بتدبيره قابل
للنقل وهو غير قابل للنقل ضمان معاوضة كان اولى وقوله لانه عند ذلك مكاتب او حر على اختلاف
الاصلين قال الامام جلال الدين ابن المصنف رحمهما الله هذا غير مستقيم وكذا قوله لا بد من رضا
المكاتب بفسخه لانه عند الاعتاق ليس مكاتب ولا حر وانما يصير كذلك بعد الاعتاق والمستسعى
عند ابي حنيفة رحمه الله وان كان بمنزلة المكاتب الا انه لا ينفسخ بالعجز ولا بالتفاسخ وانما الصحيح
ان يقال لانه عند ذلك مدبر وقوله على ما قالوا اشارة الى ان فيه اختلافا قال بعضهم نصف قيمته لقن
لان قبل التدبير كان له نوعا منفعة البيع وما شاكله ومنفعة الاجارة وما شاكلها و
فقد الاحدها وهو البيع وبقي الاخر وقال بعضهم قيمته قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم هو
مدة عمره من حيث الحزر والظن والاصح ما قاله في الكتاب لان منفعة الوطي والسعاية باقية
ومنفعة البيع زايلة وقيل الفتوى على الاول وقوله ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان يعني ان المدبر لما
ادى ضمان نصيب الساكت وهو ثلث قيمته قنا ملك المدبر نصيب الساكت واجتمع في ملك المدبر
ثلثا العبد وله ان يضمن قيمة ما كان له في الاصل وهو الثلث مدبرا لان نصيبه بعد التدبير
كان منتفعا به من الوجه الذي ذكرنا وفسد بالاعتاق فيضمن وليس له ان يضمن العتيق قيمة
الثلث الذي تملك على الساكت باداء الضمان لوجهين احدهما انه ملك المضمون مستندا والمستند
ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين والثاني انما انتقل الساكت الى المدبر قام المدبر
مقام الساكت في ذلك الثلث والساكت لا يضمن المعتق فكذلك من قام مقامه وبالوجه الثاني يندفع
ما قيل على ما في الكتاب ان احد الشريكين اذا اعتق نصيبه وهو موسر يضمن الساكت قيمة نصيبه
ويرجع المعتق على العبد وان ثبت له الملك مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه ووجه ذلك
ان المدبر قام مقام الساكت باداء الضمان وليس للساكت ان يضمن المعتق لما ذكرنا من تعين تضمين المدبر
ليكون الضمان ضمان معاوضة لكونه الاصل فكذلك من قام مقامه واما المعتق فلما قام مقام الساكت
باداء الضمان وكان للساكت ولاية الاستسعاء كان للمعتق ايضا ذلك لولايته وقوله والولاء بين المعتق و

المدبر اي من حصة المدبر لان ثلثاه للمدبر وثلثه للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار فان قيل لو كان اداء الضمان يثبت ملك نصيب الآخر كان للمعتق ثلثا الولاء ايضا لان ثلث المدبر ثلث قيمته مدبرا اجيب بان ضمان المعتق ضمان اتلاف لا ضمان معاوضة لما ذكرنا ان المدبر غير قابل للنقل من ملك الى ملك فلم يملك المعتق شيئا بمقابلة ما ضمن واما المدبر فقد ملك نصيب الساكت عند اداء الضمان مستندا الى وقت التدبير على ما مر فصار كانه دبر ثلثه من الابتداء مستندا فيثبت له ثلثا الولاء وللمعتق الثلث لما ان نصيب الساكت بعد ما انتقل الى المدبر لا ينتقل الى المعتق وقوله لانه ضمان تملك اي لان ضمان التدبير ضمان تملك لانه تملك كسبه وخدمته فلا يختلف باليسار والاعسار كضمان الاستيلاد وبخلاف الاعتاق لانه ضمان جناية وهو يختلف باليسار والاعسار واعترض بان قولكم ضمان الجناية يختلف باليسار والاعسار ان اردتم به مطلق ضمان الجنايات والجناية بالاعتاق والاول مردود بان من كسر جرة انسان مثلا او اتلف مالا من املاكه فانه يجب عليه الضمان موسرا كان او معسرا والثاني تحكم واجيب بان المراد به الثاني والتحكم مدفوع لثبوته بقوله صلى الله عليه وسلم في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى العبد في حصة الآخر فلا يقاس عليه غيره لكونه على خلاف القياس قال واذا كانت جارية بين رجلين اذا كانت الجارية بين رجلين زعم احدهما انها ام ولد لصاحبه فهي موقوفة يوما اي ترتفع عنها الخدمة يوما وتخدم يوما عند ابي حنيفة وقالا ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة كلها لا سبيل عليها يعني للمقر بالاستسعاء لانه لما لم يصدقه وتقريره ان المقر لو اقر على نفسه بالاستيلاد صح فاذا اضافه الى من يملكه ولم يصدقه فذلك انقلب اقراره عليه صار كانه استولدها فصار كما اذا اقر المشتري على البائع انه اعتق المبيع قبل البيع فانه يجعل كانه اعتقه واذا انقلب اقرار المقر على نفسه امتنع الخدمة للمنكر لان المقر صار باقراره كالمستولد لها وقوله ولا يمكن المنكر تضمين المقر لانه ما اقر على نفسه بالاستيلاد وكان نصيب المنكر على ملكه في الحكم محتبسا عند الجارية فيخرج الى العتاق بالسعاية كام ولد النصراني اذا اسلمت تخرج الى العتق بالسعاية لتعذر ابقائها في يد المولى وملكه بعد اسلامها واصراره على الكفر ولابي حنيفة ان المنكر لو صدق تقريره موقوف على مقدمة هي ان الخبر ينقسم الى صادق وكاذب قسمة حقيقية لا يجتمعان ولا يرتفعان بناء على ان صدق الخبر وكذبه راجع الى مطابقة الواقع وعدمها فالمقر اما ان يكون صادقا في اقراره او كاذبا فان كان الاول كان الخدمة كلها للمنكر وان كان الثاني كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن وهو النصف ولا خدمة للشريك الشاهد ولا الاستسعاء لانه يتبرأ عن جميع ذلك اما عن الخدمة فبدعوى الاستيلاد واما عن الاستسعاء فبدعوى الضمان ففي كلامه لف ونشر على ما ترى وقوله والاقرار بامومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب جواب عن قولهما كانه استولدها يعني انه لما اقر بامومية الولد

يتضمن اقراره بها الاقرار بالنسب والاقرار بالنسب امر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد وان كانت ام ولد بينهما بان ولدت جارية بين رجلين ولدا فادعياه فاعتقها احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن قيمتها لان مالية ام الولد غير متقومة عنده خلافا لهما وعلى هذا الاصل عدة مسائل ذكرها المصنف رح في كفاية المنتهي منها انها اذا ماتت احدهما حتى عتقت لم تسع للآخر عنده وعندهما تسعى ومنها اذا ولدت فادعاه احدهما يثبت نسبه منه ولا شيء عليه لشريكه من الضمان ولا سعاية على الولد عنده وعندهما يضمن نصف قيمتها لشريكه ان كان موسرا او سعى الولد في نصف قيمتها ان كان معسرا ومنها اذا غصب ام ولد فهلكت عنده لم يضمن شيئا عنده خلافا لهما وجه قولهما في تقوم ام الولد انها منتفع بها وطيا واجارة واستخداما بالاتفاق وكل ما هو كذلك فهو متقوم لان حل الوطي لا يكون الا بملك اليمين عند عدم ملك النكاح الا يرى ان ام ولد النصراني اذا اسلمت عليها السعاية ولولا تقومها لم يكن كذلك فان عورض بان بيعها ممتنع وذلك دليل على عدم التقوم اجاب بقوله وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر وقوله غير ان قيمتها بيان مقدار القيمة وهو واضح ولابي حنيفة رحمه الله ان التقوم بالاحراز للتمول والاحراز للتمول في ام الولد لانها محرزة للنسب لا للتمول وقوله لا للتقوم معناه لا للتمول وكذلك في قوله والاحراز للتقوم تابع اي ليس بمقصود لانه اذا حصنها واستولدها ظهر ان احرازه كان لاجل الاستمتاع بملك المتعة لا لقصد التمول وقوله ولهذا لا تسعى لغريم جاز ان يكون بيانا وتوضيحا لقوله والاحراز للتقوم تابع يعني انه لو كان مقصودا لسعت لغريمه ولوارثه لتعلق حق الغرماء به بعد موته لكن اللازم باطل فالملزوم كذلك وجاز ان يكون بيانا لقوله وهي محرزة للنسب لا للتقوم وقوله بخلاف المدبر جواب عن قولهما كما في المدبر يعني بخلاف المدبر فانه ليس بمحرز للنسب ولهذا يتعلق به حق الغرماء وقوله وهذا اشارة الى الفرق بين ام الولد والمدبر وبيانه ان السبب فيها اي في ام الولد متحقق في الحال وهي الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة وكان ذلك يقتضي سقوط الملك والتقوم جميعا الا انه لم يظهر عمله في حق زوال الملك ضرورة الانتفاع كما لم يظهر في زوال ملك النكاح لذلك ولا ضرورة في اسقاط التقوم فعمل فيه السبب واما في المدبر فان السبب ينعقد بعد الموت لان قوله ان مت فانت حر تعليق محض والمعلق بالشرط لا ينعقد سببا عندنا قبل وجوده على ما عرف وقوله وامتناع البيع فيه جواب عن قولهما وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها وتقريره كان القياس ان لا يمنع بيع المدبر الا انه انما امتنع تحقيقا لمقصوده اذ لو جاز البيع لامتنع مقصود المدبر وهو العتق بعد موته وقوله في ام ولد النصراني جواب عما قاسا عليه وقوله قضينا بكتابتها عليه ليس المراد حقيقة الكتابة ولكن لما حكمنا بانها تخرج عن ملكه باداء القيمة كانت في معنى المكاتبة وانما فعلنا هكذا دفعا للضرر عن الجانبين اما في حق ام الولد فلانها تسعى تحت النصراني وهي مسلمة واما في النصراني فلانا لا نبطل ملكه مجانا فلما كانت هي في معنى المكاتبة كانت ما ادته في معنى بدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى تقوم ما تقابله لانه في الاصل مقابل بفك الحجر وفك الحجر غير متقوم فلذلك قلنا ان مكاتبتها لم يقتض تقوم ام ولد النصراني فاطرحنا قلنا

حصتها ١٢

يتضمن

باب عتق احد العبدين

لما فرغ من بيان عتق بعض العبدين عتق احد العبدين و قدم الاول لان
الواحد قبل الاثنين ومن كان له ثلاثة اعبد دخل عليه ثنان فقال احدكما حر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال
احدكما حر ولنسمّ كلا منهم باسم الفعل الذى اتصف به من كونه خارجا وداخلا وثابتا يؤمر المولى بالبيان ما دام
حيا لانه هو المجمل فيرجع فى البيان اليه ويعتق الذى عينه فان بين الكلام الاول فى الخارج عتق الخارج ويؤمر
بالبيان فى الكلام الثانى ويعتق من عينه وان بين الكلام الاول فى الثابت عتق الثابت وبطل الكلام الثانى لانه
صار خبرا فلا يستحق به العتق كالو جمع بين حر وعبد وقال احدكما حر لا يعتق العبد وان بدا بالبيان الكلام
الثانى وقال عنيت بالكلام الثانى الداخل عتق الداخل ويؤمر ببيان الكلام الاول وان قال بالكلام الثانى الثابت عتق عنيت ح
الثابت بالكلام الثانى وتعين الخارج للكلام الاول فيعتق الخارج ايضا فان مات ولم يبين عتق من كل عبد
على القول بعتق الثابت عبد عليه قوله احدكما حر ثلاثة ارباعه ونصف كل واحد من الاخرين يعنى الخارج و
الداخل عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله كذلك يعنى يعتق من الثابت ثلثة ارباعه ومن
الخارج نصفه الا فى العبد الاخر وهو الداخل فانه يعتق ربعه باعتبار الاحوال والاصل فى اعتبار الاحوال فى حالة
الاشتباه ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث لنا سا الى بنى خثعم للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم
بعض اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما بلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بنصف العقل باعتبار الاحوال وذلك
لان السجود منهم كان محتملا ان يكون لله تعالى وكان اسلاما ويجب بقتلهم جميع الدية وان يكون لغير الله تعالى من
القتل على ما كان عليه عادتهم من السجود لتعظيم عظمائهم توقيا من شرهم فلا يجب بقتلهم الدية فلما وجبت من وجه ولم
يجب من وجه وجب النصف وسقط النصف وعلى هذا مسائل اصحابنا فان قيل ما بال ابى حنيفة فى الخنثى يعطيه اقل
النصيبين من غير اعتبار الاحوال اجيب بانه انما يجب المصير الى اعتبار الاحوال فى موضع يتحقق فيه الاشتباه بصفة
الاستمرار كالذى نحن فيه والخنثى ليس كذلك لانه اذا بلغ مبلغ الرجال والنساء لا بد ان يتملك لها ثدى او ينبت له لحية
وحينئذ يرتفع الاشتباه والوجه من الجانبين ما ذكره فى الكتاب وهو واضح هذا اذا كان فى الصحة فان كان
القول منه فى المرض فان كانوا يخرجون من الثلث فالجواب كذلك وان لم يخرجوا كان الثلث وهو عتق رقبة يقسم
بينهم على قدر سهام وصاياهم لان العتق حينئذ وصية والوصية تنفذ من الثلث فيضرب كل بقدر وصيته
فيجعل ولا كل رقبة على اربعة اسهم لحاجتنا الى ثلاثة الارباع فالخارج يضرب بنصف الرقبة وهما سهمان و
يضرب الثابت بثلاثة الارباع وهو ثلثة اسهم فمجموع الوصايا سبعة فاذا كان الثلث سبعة كان الجميع واحدا
وعشرين وثلثا ما ربعة عشر لا محالة فيعتق من الخارج سهمان ويسعى فى خمسة وكذلك الداخل ويعتق من
الثابت ثلثة اسهم ويسعى فى الاربعة واما على قول محمد رحمه الله فيضرب الخارج بسهمين والثابت بثلاثة اسهم والداخل
بسهم فكان سهام الوصايا ستة فاذا كان الثلث ستة كان جميع المال ثمانية عشر فالخارج يعتق منه سهمان ويسعى
فى اربعة والثابت يعتق منه الثلثة ويسعى فى ثلثة والداخل يعتق منه سهم ويسعى فى خمسة وكان نصيب السعاية وهو

نصيب

نصيب الورثة اثنى عشر وسهام الوصايا ستة فان قيل ينبغى ان يعتقوا ولا سعاية عليهم اصلا اجازت الورثة
او لم يجيزوا عندهما لان الاعتاق لا يتجزى اجيب بان الاعتاق عندهما لا يتجزى اذا صادف محلا معلوما اما
اذا كان بطريق التوزيع والانقسام باعتبار الاحوال فلا لان ثبوته حينئذ بطريق الضرورة وما كان كذلك كل
لا يتعدى موضعها قوله ولو كان هذا اى ولو كان الكلام فى الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج ح
قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلاثة اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه وهى مسئلة
الزيادات يحتج بها محمد عليهما حيث اختلف فيها نصيب الداخلة والخارجة وصورة المسئلة واحدة
والثمن فى الصداق بمنزلة الربع من العتاق فلان المستحق بالطلاق سقوط على النصف من المستحق بالعتق
ثبوتا فى الايجاب الثانى فقيل هذا قول محمد رحمه الله فلا يكون حجة عليهما لانه يسقط ربعه وقيل هو قولهما عندهما ح
ايضا فلا بد من الفرق بين العتق والطلاق وفرق بان الثابت فى العتق بمنزلة المكاتب لانه حين تكلم كان
له حق البيان وصرف العتق الى ايهما شاء من الثابت والخارج فما دام له حق البيان كان كل واحد من العبدين
حرا من وجه وعبدا من وجه فاذا كان الثابت كالمكاتب كان الكلام الثانى صحيحا من كل وجه لانه دائر بين
المكاتب والعبد لا انه اصاب الثابت منه الربع والداخل النصف لما قلنا فاما الثابتة فى الطلاق فتردد بين
ان يكون منكوحة وبين ان يكون اجنبية لان الخارجة اذا كانت المرادة بالايجاب الاول كانت منكوحة فيصح
الثانى وان كانت الثابتة هى المرادة بالايجاب كانت اجنبية فيلغو الايجاب الثانى فجعلت اجنبية من وجه
دون وجه فيصح الايجاب الثانى من وجه دون وجه فيسقط نصف النصف وهو الربع مورعا بين مهر الداخلة
والثابتة فنصيب كل واحدة منهما الثمن واما التفريعات فمنها ما ذكرنا فى اول البحث اذا كان المولى والعبيد احياء ومنها اذا كان المولى ح
حيا ومات احد العبيد فان مات الثابت عتق الخارج والداخل اما الخارج فلان الكلام الاول اوجب
عتق رقبة بينه وبين الثابت فبطلت بموته مزاحمته وكذلك الكلام الثانى وجب عتق رقبة بين الثابت و
الداخل وبطلت مزاحمة الثابت هذا عندهما واما عند محمد فانا نعتق الخارج لما قلنا واما الداخل فلان الثابت
لما تعين للرق بموته ظهر ان الكلام الثانى صحيح بكل حال فصار قوله كقولهما وان مات الداخل قبل الوطى وقع
العتق على ايهما شئت من الخارج والثابت فان اوقعه على الخارج عتق الثابت ايضا لانه ظهر انه كان عبدا
عند الايجاب الثانى وبطل مزاحمة الداخل بموته وان اوقعه على الثابت لم يعتق الخارج بلا شبهة وكذا الداخل
لان المضمومة اليه حر قال الامام فخر الاسلام فى شرح الزيادات هذا عند محمد فاما عندهما فيجب ان يعتق
الخارج والثابت لان الكلام الثانى صحيح تعين له الثابت بموت الداخل فاوجب تعيينه تعين الخارج بالكلام
الاول وان مات الخارج تعين الثابت بالكلام الاول وبطل الكلام الثانى لان المضموم اليه هذه تفريعات العتاق
واما تفريعات الطلاق فمنها ان الزوج اذا كان حيا والنسوة احياء واوقع الطلاق الاول على الخارجة صح الكلام
الثانى وله الخيار فى تعيين الثابتة او الداخلة بالثانى وان اوقعه على الثابتة لغا الكلام الثانى وان اوقع الثانى على الداخل

كشف
لانه في الثانية ان كانت مرادة كان للخارجة تمام مهرها وان كانت الخارجة مرادة كان لها نصف المهر فالنصف ثابت بيقين والنصف الاخر ثابت في حال دون حال فيتنصف وكذلك للداخلة هـ

كان له الخيار في تعيين الخارجة والثابتة بالكلام الاول ومنها ان الثابتة لو ماتت والزوج حي طلقت الخارجة و الداخلة
لما قلنا من بطلان المزاحمة بموتها ولكل واحدة ثلثة ارباع المهر وان ماتت الداخلة كان مخيرا في الاخريين بالكلام
الاول فان اوقعه على الخارجة طلقت الثابتة ايضا لانعدام مزاحمة الداخلة بالموت وان اوقعه على الثابتة لم تطلق
فان ماتت الخارجة طلقت الثابتة ولم تطلق الداخلة لما مر في مسئلة العتاق ومنها ميراث النساء وهو الربع او الثمن
ينقسم بين الداخلة والاوليين نصفين نصفه للداخلة لانه لا يزاحمها الا احدى الاوليين والنصف الاخر بين
الاوليين لان احديهما ليست باولى قال لعدم به احدهما كلامه على ما ذكر في الكتاب واضح خلا ان قوله لانه
لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت ورد عليه بالو قال لامتيه احدى هاتين ابنتي او ام ولدي وماتت احديهما
لم تتعين الحرية والاستيلاد في الحية اجيب بان هذا الكلام ليس بايقاع بصيغته بل هو اخبار ويجوز ان يخبر بهذا
عن الميت والحي فيرجع الى بيان المولى فاما الانشاء فلا يصح الا في الحي واما في مسئلتنا فانما يتعين احديهما
للحرية اذا ماتت الاخرى لان البيان قايم بوصفين بوصف الانشاء وبوصف الاظهار وهذا لان قوله احديكما حرة
لا يثبت العتق في واحدة منهما بعينه ولهذا قيل فيه العتق غير ثابت فبالنظر الى هذا يكون البيان انشاء و
من حيث ان العتق لا يعدوهما كان البيان اظهارا ولهذا يعتبر البيان من جميع المال ان كان في مرض الموت
لوجود العتق المبهم في الصحة واذا كان كذلك فانما يصح بيان في محل يحتمل الانشاء والميت لا يحتمل الانشاء
فتعين الاخرى للعتق ضرورة وقوله وكذلك اذا استولد احديهما يعني اذا وطي احديهما فعلقت منه لانها صارت
ام ولده فمن ضرورة صحة امية الولد واستحقاق العتق بها انتفاء العتق المنجز عنها واذا انتفى عن احديهما تعين
في الاخرى لزوال المزاحمة وقوله للمعنيين يعني عدم محلية العتق بالاستيلاد من كل وجه وابقاء الانتفاع
الى موته ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والبيع المطلق عن الخيار والبيع
بشرط الخيار لاحد المتعاقدين للاطلاق جواب الكتاب يعني الجامع الصغير حيث قال فيه باع احديهما ولم
يقيده بشيء والمعنى ما قلنا وهو انه قصد الوصول الى الثمن والوصول اليه ينافي العتق فتعين
الاخرى له والعرض على البيع ملحق بالبيع في المحفوظ عن ابي يوسف روى ابن سماعة عن ابي يو سف
اذا ساوم احديهما كان بيانا يعني لتعيين العتق في الاخرى قيل مثل هذه العبارة يستعمل فيما سمع
وحفظ ولم يثبت الرواية عنده مكتوبة وقوله والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة
البيع قيل التسليم ليس بشرط وانما ذكره تاكيدا لان محمدا ذكره في الاملاء اذا وهب احديهما او
اقبضه او تصدق واقبض عتق الاخرى ولان البيع الفاسد تعين الاخرى للعتق وان لم يكن
قبض فكذلك الهبة والصدقة لان كلا منهما لا يفيد الملك بدون القبض وهذا لان التعيين انما
يحصل بوجود تصرف يختص بالملك وقد وجد وكذلك اذا قال لامرأتيه احديكما طالق ثم ماتت
احديهما لما بينا ان الميت لم يبق محلا للعتق فكذلك هذه لم تبق محلا للطلاق فتعين الاخرى له

كذا لو

كذا لو وطي احديهما لما نبين في المسئلة التي بعد هذه ولو قال لامتيه احديكما حرة ثم جامع احديهما
لم يعتق الاخرى عند ابي حنيفة وقالا يعتق لان الوطي لا يحل الا في الملك واحديهما حرة لا ملك
فيها فالوطي لا يحل فيها فاذا وطي احديهما جعل مستبقيا للملك فتعينت الاخرى لزواله بالعتق وله حنيفه
ان الملك قايم في الموطوءة اي في التي توطا من كل منهما واذا كان الملك قايما كان وطيها حلالا اما ان
الملك قايم فلان ايقاع العتق انما هو في المنكرة وهي اي الموطوءة غير منكرة بل هي معينة فلا يكون
الايقاع فيها واذا لم يكن الايقاع فيها لا يكون الملك عنها زايلا واما ان الملك اذا كان قايما كان الوطي
حلالا فظاهر لا يحتاج الى بيان واذا كان الوطي حلالا لم يكن بيانا لان كل واحدة منهما على هذه
الصفة ولهذا حل وطيهما على مذهبه وهذا في غاية الدقة ويلوح منها سيما التحقيق الا انه لا
يفتى به قيل لان المنكرة التي يثبت فيها العتق لا تخلو عنهما ومع الحل والحرمة على الاحتياط وهو
فاسد لان فيه تلويحا الى ترك ابي حنيفة الاحتياط والاوجه انه لا يفتى به لئلا يتخذ مغمزا لابي حنيفة
رحمه الله بترك الاحتياط فان قيل العتق اما ان يكون نازلا او لا فان كان غير نازل كان اهلا
للفظ عن مدلوله وان كان نازلا لا يجوز وطيهما اجاب بحمل كل واحد من الشقين فقال على الشق
الثاني ثم نقول العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به اي لتعلق العتق بالبيان فكان كالعتق المعلق
بدخول الدار وهو غير نازل قبل الدخول فكذا هذا وقال على الشق الاول ونقول انه نازل اي العتق
نازل في المنكرة فيظهر في حق حكم يقبله كالبيع فان المنكر يقبله بان يشتري احد العبدين
على ان المشتري بالخيار فيهما فانه يصح والوطي لا يقبله المنكرة لانه يصادف المعينة اذ هو امر حسي
في الاخرى فان قيل كيف وقع بيانا ح لا يقع الا في المعين ووطي غير المعين غير ممكن فلا يكون الوطي بيانا في الطلاق اجاب بقوله
بخلاف الطلاق لان المقصود الاصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطي يدل على استبقاء الملك
في الموطوءة صيانة للولد اما الامة فالمقصود من وطيها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على
الاستبقاء وهذا على طريقة تخصيص العلل فاما ان يكون المصنف اختار جوازه او يحمل على المخلص
المعروف في اصول الفقه وقد قررناه في التقرير او في تقرير قال ومن قال لامته ان كان اول
تلدينه غلاما فانت حر كلامه على ما ذكره واضح وقال شمس الائمة السرخسي في المبسوط وذكر محمد
في الكيسانيات هذا الجواب الذي ذكر ليس جواب هذا الفصل بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد
منهم ولكن يحلف المولى بالله ما تعلم انها ولدت الغلام اولا فان نكل عن اليمين فنكوله كاقراره فان
حلف فهم ارقاء واما جواب الكتاب ففي فصل آخر وهو ما اذا قال المولى لامته ان كان اول ولد
تلدينه غلاما فانت حرة وان كانت جارية فهي حرة فولدتهما جميعا ولا يدرى ايهما اولا فالغلام رقيق
والابنة حرة ويعتق نصف الام لانها ان ولدت الغلام اولا فهي حرة والغلام رقيق وان ولدت

الجارية اولا فالجارية حرة والغلام والام رقيقان فالام يعتق في حال دون حال فيعتق نصفها والغلام
عبد سفين والجارية حرة بيقين اما انه يعتق نفسها او بعتق الام قال صاحب النهاية وما ذكره في
الكيسانيات هو الصحيح لان الشرط الذي لم يتيقن بوجوده وهو ما اذا كان في طرف وطرف
العدم فيه قول من ينكر وجوده باليمين كما اذا قال العبد ان دخلت الدار غدا فانت حر فمضى الغد ولا يدرى
انه دخل ام لا لا يعتق لانه وقع الشك في شرط العتق فكذلك ههنا وقع الشك في شرط العتق وهو
ولادة الغلام اولا واما اذا كان الشرط مذكورا في طرف الوجود والعدم كان احدهما موجودا لا محالة
فحينئذ يحتاج الى اعتبار الاحوال كما في مسئلة الكيسانيات قوله وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من
الوجوه في كفاية المنتهى قيل هي ستة اوجه فصلوها في شروح الجامع الصغير احدها ان يتصادقوا
انهم لا يدرون بما ولدت اولا وهو المذكور في الكتاب اولا وجوابه على الوجه المذكور فيه ان يعتق نصف
الام والجارية وتسعيان في النصف والغلام رقيق لما ذكر في الكتاب والثاني ان يدعي الام ان الغلام
هو المولود اولا وانكر المولى ذلك والجارية صغيرة وهو المذكور في الكتاب ثانيا وجوابه ووجهه ما ذكر
في الكتاب والثالث ان يدعي الام ان الغلام اول والجارية كبيرة ولم يدع شيئا وهو المذكور في الكتاب
ثالثا وجوابه ووجهه ما ذكره ايضا فيه والرابع ان يدعي الجارية وهي كبيرة والام ساكتة ان الغلام
ولد اولا وهو المذكور في الكتاب رابعا بجوابه ووجهه والخامس ان يتصادقوا ان الجارية هي التي ولدت
اولا والجواب انه لا يعتق واحد منهم لعدم شرط العتق والسادس ان يتصادقوا ان الغلام ولد اولا والجواب
ان الام يعتق لوجود شرط العتق وكذلك الجارية تبعا للام والغلام عبد لان الغلام قد انفصل عن الام
في حال الرق لكون ولادته شرط عتقها والشرط يسبق المشروط فلا يمكن جعله تابعا لها فيه ولعل المصنف
لم يذكرها في الكتاب لظهورها قال واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة على
طلاق احدى نسائه جائزة بالاجماع ويجبر على البيان وعلى اعتاق احد عبديه كذلك عندهما وعند ابي حنيفة
هي باطلة الا ان تكون في وصية استحسانا على ما نذكره واصل هذا ان الشهادة على عتق العبد لا تقبل من
غير دعوى عنده وعندهما تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق
وانما اختلف الحكم على هذا الطريق بناء على ان العتق من حقوق العباد عنده ومن حقوق الشرع عندهما وجه
قولهما انه لا يحتاج فيه الى قبول العبد ولا يرتد برده ويجوز ان يحلف به ويصح ايقاعه في المجهول وكل ذلك دليل على كون
العتق حق الشرع ووجه قوله ان الاعتاق اثبات قوة المالكية وفيه انتفاء ذل الرق والمملوكية وكل ذلك حق
العبد لانه محله هذا هو المشهود به ولا معتبر بغيره لكونه من ثمراته فما كان من حقوق العباد لا تقبل
الشهادة فيها بدون الدعوى وما كان من حقوق الشرع تقبل بدونها وعتق الامة من حقوقها بالاتفاق
فلذلك تقبل فيها وذلك لان عتقها يتضمن تحريم فرجها على مولاها وذلك حق من حقوق الشرع فكان الشهادة

قد كالشهادة في هلال رمضان فان قيل لو كان كذلك لاكتفي بشهادة الواحد لكون خبر الواحد حجة في الامر
الديني وانما قبلت الشهادة على عتق امة هي اخت مولاها من الرضاعة اذا جحد اذ ليس فيها تحريم الفرج لان
تحريمه ثابت بحكم الرضاع قبل شهادتهما بالاعتاق واجيب عن الاول بان خبر الواحد حجة في الامر الديني اذا
لم يقع الحاجة الى الالزام للمنكر وههنا وقعت وعن الثاني بان فيه منع الزنا لان فعل المولى بها قبل العتق لا
يوجب الحد لكون بضعها مملوكا للمولى وان كان هو ممنوعا عن وطيها بالحرمة الا يرى انه جاز له ان يزوجها
ويبدل بضعها يكون له واذا كان كذلك كان فيه تحريم الفرج واذا ثبت الاصل وتبين وجه الاختلاف
على ما ذكره بقوله واذا كان دعوى العبد شرطا عنده الى اخر المسئلة وقوله لان الدعوى من المجهول لا
يتحقق قيل عليه اذا ادعيا ذلك وجب ان تقبل البينة لان الدعوى حصلت من معين واجيب
بان صاحب الحق احدهما لا بعينه فدعواهما دعوى غير صاحب الحق وبان الدعوى حينئذ لا تكون مطابقة
للشهادة لان الشهادة على احد العبدين لا على العبدين وقوله ولو شهدا انه اعتق احدى امتيه كصورة
تنص على ابي حنيفة لان الدعوى ليست بشرط في حق الامة ولم تسمع البينة ههنا ووجه فيه ما ذكر
بقوله لانه انما لا يشترط الدعوى لما انه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب
تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه يعني قوله لما ان الملك قائم في الموطوءة الى قوله ولهذا حل وطيها ومنع
قوله انه يتضمن تحريم الفرج ان العتق اذا حصل استلزم ان يكون الوطي بعده زنى واعترض بان
عتق العبد المعين يستلزم تحريم استرقاقه وذلك ايضا حق الله فوجب ان يستغني الشهادة فيه عن
الدعوى والجواب انه لا يلزم عتقهما من اعظم الكبائر والذي لا يلزم عتقه حرمة لم ينص عليها الشرع فضلا
عن ان تكون من الكبائر فالتسوية بينهما خطأ وقوله اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته
بيان قوله الا ان تكون في وصية استحسانا وقوله لان التدبير حيثما وقع وقع وصية يعني سواء وقع
في حال الصحة او في حال المرض وللاستحسان وجهان ذكرهما المصنف احدهما ان التدبير مطلقا
والعتق في المرض وصية والخصم في الوصية انما هو الموصي لان تنفيذ الوصايا من حق الميت فكان الميت
مدعيا تقديرا وعنه خلف وهو الوصي او الوارث فتقبل الشهادة والثاني ان العتق يشيع بالموت
فيهما لانه اوجب العتق في احدهما في حال عجز عن البيان فكان ايجابا لهما ولهذا يعتق نصف كل واحد
منهما فصار كل واحد منهما خصما متعينا ولم يذكر وجه القياس وان المقضي له مجهول والدعوى من
المجهول لا تتحقق لظهوره مما تقدم ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدهما حر قال الامام فخر الاسلام
لا نص فيه واختلف مشايخنا فقال بعضهم لا تقبل لانه ليس بوصية حتى يكون الخصم هو الموصي وهو معلوم و
قال بعضهم تقبل لشيوع العتق فيهما فكان كل واحد منهما خصما متعينا فكان دعواهما صحيحة
وهي تقتضي قبول الشهادة والله اعلم

باب الحلف بالعتق

الحلف بالعتق هو ان يجعل العتق جزاء

الشرط ولما كان المعلق قاصرا في السببية اخر التعليق عن التنجيز قوله ومن قال اذا دخلت الدار ظاهر واعترض
عليه بانه يجب ان لا يعتق عليه ما يشتريه بعد اليمين وان قال يومئذ لانه ما اضاف العتق الى الملك ولا الى سببه
وكان لو قال لعبد الغير ان دخلت الدار فانت حر فاشتراه ثم دخل الدار فانه لا يعتق لما ذكر واجيب بانه
وجد الاضافة الى الملك دلالة لان قوله كل مملوك لي يومئذ معناه ان ملكت مملوكا وقت دخول الدار فهو
حر بخلاف تلك المسئلة لانه لم توجد الاضافة فيها لا صريحا ولا دلالة قوله لما قلنا يريد به قوله فكان
المعتبر قيام الملك وقت الدخول قوله لان قوله كل مملوك لي للحال قيل لان اللام للاختصاص والاختصاص
انما يكون بكونه مملوكا له في الحال اذ لو لم يكن الملك له في الحال كان هو وغيره سواء قوله ومن قال كل
مملوك لي ذكر بحرف ظاهر قوله معناه ان المملوك مطلق و[شروح] المطلق ينصرف الى الكامل والجنين
ليس بكامل لما ذكره في الكتاب قوله وفائدة التقييد بوصف المذكورة انه لو قال كل مملوك يدخل الحامل
فيدخل الحمل تبعا بناء على ان هذا القول يتناول الذكور والاناث حتى المدبرين وامهات الاولاد حتى لو
قال نويت الرجال دون النساء لم يصدق قضاء قوله وان قال كل مملوك املكه حر بعد غد او قال كل مملوك لي
فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى مملوكا اخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف لا الذي
اشتراه بعده قوله قوله بعد غد ظرف لقوله حر لا لقوله املكه فان املكه للحال قوله ثم جاء بعد غد بالرفع
ليكون فاعل جاء لانه المقصود قوله لان قوله املكه للحال حقيقة بالرفع ليكون خبر ان ويجوز النصب
على التمييز قال صاحب النهاية وهذا التقرير يخالف رواية النحو وهي انه مشترك بين الحال والاستقبال و
ظاهر تقرير المصنف يدل على ما ذكره صاحب النهاية وقال بعض الشارحين لا نسلم المخالفة لان كونه
للحال حقيقة لا يدل على ان كونه للاستقبال ليس بحقيقة لان المشترك في كل واحد من المعنيين حقيقة
ويدل عليهما على سبيل البدل وترجح بالدليل اذا وجد وقد وجد منهما دليل على ارادة الحال لان الحال
موجود فلا يعارضه المستقبل المعدوم واقول قول المصنف وكذا استعمل له من غير قرينة تلك قوله هذا
الشارح لان المشترك لا يستعمل في احد المعنيين بعينه الا بقرينة وليس النحويون مجمعين على انه مضا[رع]
مشترك بينهما بل منهم من ذهب الى انه حقيقة في الاستقبال مجاز في الحال ومنهم من ذهب الى عكس ذلك ولعله
مختار المصنف لتبادر الفهم اليه قوله على هذا كان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا
يتناول ما يشتريه بعد اليمين ولو قال كل مملوك املكه او قال كل مملوك لي فهو حر بعد موتي وله مملوك فا[شترى]
آخر فالذي كان عنده مدبر مطلق والاخر ليس بمدبر مطلق بل هو مدبر مقيد حتى جاز له ان يبيعه وان
مات عتقا من الثلث مشتركين فيه وقال ابو يوسف في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف لطريق
التدبير ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه لان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه وهو مراد فلا يجوز ان يكون
غيره مرادا على اصلنا ولهما ان هذا ايجاب عتق وايصاء اما انه ايجاب عتق فبقوله كل مملوك املكه او لي

كما ح

ذكره ح

كل ح

فهو حر

115

فهو حر واما انه ايصاء فبقوله بعد موتي ولهذا اعتبر من الثلث واذا كان كذلك ففي الوصايا يعتبر الحالة
المنتظرة الى المتربصة والحالة الراهنة اي الحاضرة سميت بالراهنة لان الرهن هو الحبس والمرء محبوس فيها ولا
فيما بعدها كذا في شروح الاثري انه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية لاولاد
فلان يدخل فيها الموجود عندها ومن تولد بعدها اذا عاش الى وقت موت الموصي والايجاب انما يصح مضافا
الى الملك والى سببه فهذا الكلام من حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة ليصير الايجاب
مضافا الى الملك فيصير مدبرا لا يجوز بيعه ومن حيث انه ايصاء يتناول الذي يشتريه اعتبارا للحالة
المتربصة وهي حالة الموت ويصير مدبرا بعده ولا يصير مدبرا قبله كالذي كان في ملكه لانه لم يتناوله
الكلام حالة التملك لا من حيث الايجاب لعدم الاضافة الى الملك والى سببه ولا من حيث الايصاء لانه يكون
عند الموت فكان حال التملك مستقبلا محضا لم يتناوله اللفظ فلا يصير مدبرا حال التملك وانما عند الموت
اذا كان موجودا في ملكه يصير كانه قال كل مملوك لي واملكه فهو حر لدخوله حينئذ تحت الحالة المتربصة
فيصير مدبرا لكون العتق في المرض وصية بخلاف قوله كل مملوك املكه او لي حر بعد غد على ما تقدم
لانه نص في واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصاء والحالة محض استقبال لا يتناوله الايجاب لعدم الاضافة
الى الملك والى سببه فافترقا وعلى هذا قوله والايجاب انما يصح مضافا الى الملك معطوف على قوله وفي الوصايا
معنى لا ان يكون جواب سؤال مقدر كما ذهب اليه بعض الشارحين قال وهو ان يقال ينبغي ان لا يتناوله
الايجاب المشتري اصلا لا في الحال ولا في المآل لانه انما يكون مضافا الى الملك او الى سببه وليس
احدهما في حقه بموجود فاجاب بان تناوله باعتبار الايصاء لا الايجاب الحالي قوله ولا يقال انكم جمعتم
بين الحال والاستقبال اشارة الى جواب ابي يوسف ولعله اراد بقوله بسببين مختلفين ايجاب عتق
ووصية الالفاظ الدالة على ذلك في طرفي الكلام لان الحقيقة والمجاز من صفات اللفظ وفيه نظر
لانه يستلزم التنافي بين طرفي كلام واحد ان كان المراد ايجاب عتق في الحال وكونه ايصاء فقط
ان كان المراد ايجاب عتق بعد الموت ولو قال هذا الكلام تدبير والتدبير حيثما وقع وقع وصية
والوصية يعتبر فيها الحالة الراهنة والمنتظرة فيدخل تحته ما كان في ملكه وما يوجد بعد الموت
واما بينهما فليس بداخل تحته فلا يصير المستحدث مدبرا حتى يموت لعله كان اسهل تأتيا وا
واسلم من الاعتراض **باب العتق على جعل** الجُعل بالضم ما جعل للانسان من شيء على شيء
بفعله وكذلك الجعالة بالكسر واخر هذا الباب لكون المال غير اصيل في باب العتق قوله ومن اعتق عبده على مال
اي مال كان من عروض وحيوان وغيرها مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف درهم وعلى ان لي عليك
الفا وعلى الف تؤديها او على ان تعطيني الفا وعلى ان تجيئني بالف فقبل العبد عتق ساعة قبوله لانه كلمة
على الشرط فيكون العتق معلقا بشرط اداء الالف كما لو قال ان اديت الي الفا الا انا قلنا انما يكون للشرط اذا

لا فيما قبلها ح

ن

صاحب النهاية

صايا

حر ح

دخلت فيما يكون على خطر الوجود وذلك في الافعال دون الاعيان لان بعض الصور المذكورة دخلت فيه
على الافعال بل لما قيل لان الكلام فيما اذا كان مراده التنجيز بعوض لا التعليق فكان الصارف عن الشرطية دلالة
الحال وانما يعتق العبد بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه فقوله اذ العبد لا يملك نفسه دليل
على كونه معاوضة بغير مال وهو يحتمل وجوها احدها العبد لا يملك نفسه من حيث المالية لا انه مال فلا يملك المال
واذا لم يملكه كان ما بذله من العوض في مقابلة ما ليس بمال وليس بشيء لان المولى يملكه فكان ما بذله في مقابلة المال
والثاني العبد لا يملك نفسه لانه ليس بمال بالنسبة اليه لكونه مبقى على اصل الحرية بالنسبة اليه ولهذا صح اقراره
بالحدود والقصاص وغيرها واذا كان كذلك سقط ملك المولى في ذاته بالاعتاق او ببيع نفسه منه وكان
ما بذله في مقابلة ما ليس بمال ذكر هذان الوجهان في بعض الشروح وهذا ايضا ليس بشيء لان العبد مال
بالنسبة الى مولاه وان لم يكن مالا بالنسبة اليه وكان ما بذله في مقابلة مال عند المولى والثالث ان العبد لا
يملك نفسه بهذا العقد لكونه اسقاطا فلم يدخل في يده شيء من المال غاية ما يقال انه يثبت له به قوة شرعية و
هي ليست بمال لا محالة فكان ما بذله في مقابلة ليس بمال بل هو قوة شرعية وهذا اقرب منها واذا ثبت انه معا
من قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع فاذا قبل صار حرا وان ردّه او اعرض عن
المجلس بالقيام او بالاشتغال بما يعلم به قطع المجلس بطل فاذا قبل صار ما شرط دينا عليه حتى يصح الكفالة به لانه
بسعي وهو حر بخلاف بدل الكتابة حيث لا يصح به الكفالة لانه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق فكان ثبوته على
خلاف القياس فان القياس ينفي ان يستوجب المولى على عبده فلا يثبت بخلاف القياس ضرورة حصول الحرية للمكاتب
وحصول المال للمولى فيقتصر على موضع الضرورة ولم يتعد الى الكفالة واطلاق لفظ المال ينتظم انواعه من النقد يعني
في قوله ومن اعتق عبده على مال وقوله فشابه النكاح يعني اذا شابه ذلك جاز ان يثبت الحيوان دينا في الذمة
ههنا كما جاز ذلك في تلك العقود وكذلك الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس كما اذا اعتقه على مائة
قفيز من حنطة ولا يضره جهالة الوصف بان لم يقل انها جيدة او ردية ربيعية او خريفية فان جهالة الوصف
لا تمنع صحة التسمية لكونها يسيرة ولو علق عتقه باداء المال صح لان هذه الصيغة اعني قوله ان اديت الي الف
درهم فانت حر صيغة التعليق فتعلق عتقه باداء المال كالتعليق بسائر الشروط ولهذا لا يحتاج فيه الى قبول
العبد ولا يرتد برده وللمولى ان يبيعه قبل الاداء كما في التعليق بسائر الشروط وقوله من غير ان يصير مكاتبا
يعني لا يثبت احكام المكاتبين حتى لو مات وترك وفاء المال لمولاه ولا يؤدى عنه ولو مات المولى فالعبد رقيق
يورث عنه مع ما في يده من اكسابه ولو كانت امة فولدت ثم ادت لم يعتق ولدها ولو حط المال او ابراه المولى
لم يعتق ولو كان مكاتبا لكان الحكم على عكس ما ذكر في الجميع وقوله ومراده التجارة يعني من الترغيب في الاكتساب
لانها هي المشروعة عند الاختيار دون التكدي لانه يذل المرء ويخسسه وقوله وفي سائر الحقوق يريد به
الثمن وبدل الخلع وبدل الكتابة وما اشبهها وقوله انه يعني المولى يجبر قابضا بالتخلية برفع المانع سواء قبض او
لم يقبض وليس المراد بالاجبار ما هو المفهوم منه عند الناس من الاكراه بالضرب والحبس وقوله اذ هو تعليق
العتق بالشرط لفظا احتراز عن الكتابة فانها ليست بتعليق لفظي فانه لو قال لعبده كاتبتك على كذا من المال
صحت الكتابة وليس فيه تعليق لفظي لعدم الفاظ الشرط فيه وقوله ولهذا لا يتوقف على قبول العبد توضيح لكونه
تصرف يمين وقوله ولا جبر على مباشرة شروط الايمان متصل بقوله لانه تصرف يمين وقوله لانه لا استحقاق
تقريره لا جبر الا بالاستحقاق ولا استحقاق قبل وجود الشرط ولهذا يمكنه البيع قبل الاداء وقوله بخلاف
الكتابة متصل بقوله اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا وقوله لانه اي لان عتق الكتابة معاوضة والبدل فيها واجب
وكان الجبر بعد الاستحقاق ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ كما ذكرنا ومعاوضة نظرا الى المقصود لانه ما علق عتقه
بالاداء الا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال عقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان
عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ بان يقول ان اديت الي الفا فانت طالق حتى لو طلقها بهذه الصفة
كان بائنا فجعلناه تعليقا في الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد
احق بمكاسبه ولا يسري الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الاداء دفعا للغرور
عن العبد فانه ما تحمل المشقة في اكتساب المال الا لينال شرف الحرية فيجبر على القبول فان قيل لا يمكن جعله
معاوضة اصلا لان البدل والمبدل كلاهما عند الاداء ملك للمولى لانه قبل الاداء عبد وما هو في يده لمولاه
اجيب بانه لما ثبت عند الاداء معنى الكتابة من الوجه الذي بينا اشترط صحته اقتضاء وهو ان يصير العبد احق
بالمؤدى فيثبت هذا سابقا على الاداء مع وجود الاداء وصار كما اذا كاتب عبده على نفسه وماله وكان
ما اكتسب قبل الكتابة فانه يصير احق بذلك المال حتى لو اداه ذلك عتق كذا في النهاية وغيره منسوبا الى
مبسوط شيخ الاسلام وفيه نظر من وجهين احدهما ان ثبوت معنى الكتابة هو المعارض فلا بد من اثباته
والثاني ان حصول شرط صحة الشيء عبارة لا تقتضي صحة فضلا عن حصوله اقتضاء ولعل الصواب في
الجواب ان يقال لما صحت الكتابة والمعنى الذي ذكرتم قائم فيها وهي معاوضة ليس فيها معنى التعليق فلان يصح
العتق على مال وفيه معنى التعليق اولى فيكون ملحقا بالكتابة دلالة وقوله فعلى هذا اي على العمل بالشبهين
يدور الفقه وتخرج المسائل المتعارضة يعني ان قوله ان اديت الي الف درهم فانت حر الحق في بعض
الاحكام بمحض التعليق وهي ما ذكرنا من مسائل القياس من تمكنه من البيع وغيره والحق في بعضها بالكتابة
من جبر المولى على القبول لانه لما كان هذا اللفظ تعليقا نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود عملنا
بالشبهين شبه التعليق في حالة الابتداء وشبه المعاوضة في حالة الانتهاء كما في الهبة بشرط العوض فانها
هبة ابتداء حتى لم يجز في المشاع واشترط القبض في المجلس وبيع انتهاء حتى لم يتمكن الواهب من الرجوع
وجرت الشفعة في العقار ويرد بالعيب ولو ادى البعض يجبر على القبول الا ان الذي اتى به بعض تلك الجملة
فاذا ثبت الاجبار على قبول الكل ثبت في البعض كما في الكتابة وهذا رواية الزيادات وقيل هو استحسان وما ذكر

في مبسوط شيخ الاسلام انه لا يجبر على قبول البعض لان معنى الكتابة عندنا ثبت من حيث انه عتق بمال اداه الى
المولى وانما يعتق باداء الجميع فاما لو وجد اداء جميع المال لا يثبت معنى الكتابة هو القياس الا انه باداء البعض لا يعتق
ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض فادى البعض الباقي لان الشرط وجود الجميع فاذا لم يوجد بعضه
كما اذا لم يوجد كله واذا حط الجميع لم يعتق لانتفاء الشرط فكذلك هذا بخلاف الكتابة لان المال هناك واجب على المكاتب
فيتحقق ابراؤه عنه سواء ابراه عن الكل او البعض ولو ادى الفا اكتسبها قبل العتق رجع المولى عليه وعتق اما
الرجوع عليه بالف اخرى مثلها فلان الالف التي اداها كانت مستحقة من جانب المولى فلا يحصل المقصود باداءه لان مقصوده
ان يحثه على الاكتساب ليؤدي من كسبه فيملك المولى ما لم يكن في ملكه قبل هذا وهذا ليس كذلك واما انه عتق فلوجود شرط
الحنث لما ان كون الالف مستحقة لا يمنع كونه شرط الحنث كما لو غصبها انسان واداه ثم للاداء في قوله ان اديت
يقتصر على المجلس وهذا ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه لا يقتصر عليه كما في التعليق بسائر الشروط وجه الظاهر ما ذكره
بقوله لانه تخيير يعني تخيير العبد بين الاداء والامتناع عنه فكان كالتخيير بمشيئة العبد اذا قال انت حر ان شئت
فان قيل قد تقدم انه يصير ماذونا له فكيف يكون الاداء مقتصرا على المجلس اجيب بان الاداء يكون في صورة اذا
اديت لو متى اديت فان الاداء فيهما لا يقتصر على المجلس ويجوز ان يقال لا تنافي بينهما لجواز ان يكون ماذونا بالتجارة
ويقتصر الاداء على المجلس يتجر فيه ويؤدي المال قبل الافتراق بالابدان ومن قال لعبده انت حر بعد موتي على الف درهم
فالقبول بعد الموت لان هذا الكلام اضافة ايجاب حقيقة الحرية الى ما بعد الموت وكل ما هو كذلك يقتضي ان يكون القبول
بعد الموت لئلا يقع القبول قبل الايجاب فصار كما اذا قال انت حر غدا بالف درهم لانه اضافة ايجاب حقيقة الحرية الى
زمان القبول متاخر اليه لئلا يقع قبل الايجاب بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه
في الحال لان ايجاب التدبير في الحال على ما يجيء فيكون القبول كذلك الا انه لا يجب المال مع قبوله لقيام الرق اذ التدبير
يوجب حق الحرية لا حقيقتها فيكون الرق قائما والمولى لا يستوجب دينا على عبده بخلاف ما لو اعتقه على مال لانه يثبت
به حقيقة الحرية والمال يجب على الحر والمولى قد يستوجب مالا على معتقه فان قيل ما لم يجب المال في المدبر على الالف ما
الفائدة في تعليق التدبير بالقبول اجيب بانا بينا انه يقبل التعليق بالقبول كالطلاق والعتاق وان لم يجب المال
وقوله قالوا يعني المشايخ لا يعتق في مسئلة الكتاب اي الجامع الصغير وهي قوله انت حر بعد موتي على الف درهم وان
قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث او الوصي او القاضي لان الميت ليس باهل للاعتاق في ذلك الوقت قال المصنف و
هذا اي قولهم لانه لا يعتق ما لم يعتقه الوارث صحيح بناء على انه ايجاب مضاف الى ما بعد الموت واهلية الموجب شرط
عند الايجاب وقد عدمت بالموت بخلاف التدبير فانه ايجاب في الحال والاهلية ثابتة والموت شرط والاهلية
ليست بشرط عنده كما لو قال ان دخلت الدار فانت حر فوجد الشرط وهو مجنون وقد فرق بين مسئلة
الكتاب والتدبير بوجه آخر وهو انه لما لم يعتق الا بالقبول بعد الموت لم يكن العتق معلقا مطلقا بالموت ومثل هذا
لا يعتق الا باعتاق الوارث لانتقال العبد الى ملك الوارث قبل القبول كما لو قال انت حر بعد موتي بشهر بخلاف المدبر

١٣

ح الكمال

لان عتقه تعلق بنفس الموت فلا يشترط اعتاق الوارث فان قيل انت مدبر على الف درهم معناه انت
حر بعد موتي على الف فيكون كمسئلة الكتاب معنى فينبغي ان يكون الايجاب في مسئلة الكتاب في الحال حتى يشترط
القبول ايضا فالجواب بان يمين من جانب المولى حتى لا يتمكن من الرجوع وفي الايمان يعتبر اللفظ وليس في قوله
انت مدبر على الف اضافة الحرية الى ما بعد الموت لفظا فلا يشترط القبول بعده وفي مسئلة الكتاب اضافت
الحرية الى ما بعد الموت لفظا فيشترط القبول بعده **قال** ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين
ومن قال لعبده انت حر على ان تخدمني اربع سنين فقبل العبد عتق فلو مات من ساعته فعليه قيمة
نفسه في ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وهو قول ابي حنيفة الاول عليه قيمة
خدمته اربع سنين اما العتق فلان الخدمة في مدة معلومة جعلت عوضا عن العتق وكل ما جعل
عوضا عن العتق فالعتق يتعلق بقبوله لان ذلك هو الحكم في الاعواض كلها وقد وجد القبول فنزل العتق و
لزمه خدمة اربع سنين لانه يصلح عوضا لحدوث حكمها بالعقد ولهذا اصلحت صداقا مع ان الله تعالى
شرع ابتغاء الابضاع بالاموال حيث قال تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم فصار
كما اذا اعتقه على الف درهم ثم اذا مات العبد فالخلاف فيه بناء على خلاف في اخرى وهي ان من باع نفس
العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية او هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما
وبقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي اي مسئلة بيع نفس العبد منه بالجارية اذا استحقت
معروفة في طريقة الخلاف وذكر في الكتاب وجه البناء ولم يذكر وجه كل واحد من القولين ولا
باس بذكر ذلك وجه قول محمد ان الخدمة بدل عما ليس بمال وهو العتق ولا قيمة للعتق وقد حصل
العجز عن تسليم الخدمة بموته فوجب تسليم قيمتها ووجه قولهما ان الخدمة بدل عما لا انها بدل
نفس العبد لكن لا يبطل لما تعذر تسليمه وجب تسليم المبدل وهو العبد لكن لا يمكن تسليمه لان
العتق لا يقبل الفسخ فوجب تسليم قيمته لامكان ذلك هذا في المبنى وللقائل ان يقول هذا انما
لا قال المصنف في اول الباب انه معاوضة مال بغير مال لان العبد لا يملك نفسه والجواب ان
الاعتاق على مال معاوضة مال بغير مال من وجه كما ذكرنا وشابه بذلك النكاح والطلاق
وغيرهما حتى صح باي مال كان كما تقدم ومعاوضة مال بمال من وجه بالنظر الى مولاه وشابه بذلك
بيع عبد بجارية فانه اذا مات العبد وقع العقد على الجارية يلزمه قيمة العبد على ما نذكره واما
المبني عليه فوجه محمد ان هذا بدل عما ليس بمال وهو العتق لان بيع العبد من نفسه اعتاق وقد
عجز عن تسليم البدل وليس للمبدل وهو العتق قيمة فيجب قيمة البدل ووجه قولهما ان الجارية
بدل نفس العبد بالعتق فيجب تسليم قيمته كما اذا تبايعا عبدا بجارية ثم مات فانفسخ العقد على الجارية
يلزمه قيمة العبد وقوله وكذا بموت المولى يعني ان موت المولى في هذه الصورة كموت العبد فصار

ماج

فالخلاف فيه خ

قض

العبد وج

نظير المسئلة فيكون الحكم فيهما سواء وقوله ومن قال لآخر اعتق امتك عني على الف درهم على
ان تزوجنيها لم يذكر في بعض النسخ عني اكتفاء بدلالة على على الوجوب وذكر في بعضها للتاكيد والمسئلة
ظاهرة وقوله قد قررناه من قبل يعني في الخلع في مسئلة خلع الاب بنته الصغيرة على وجه
الاشارة والفرق ان الاجنبي في باب الطلاق كالمراة في عدم ثبوت شيء لهما بالطلاق اذ الثابت
به سقوط ملك الزوج عنها لا غير فكما جاز التزام المراة بالمال فكذلك الاجنبي بخلاف العتاق
فانه يثبت للعبد بالاعتاق قوة حكمية لم يكن له قبل ذلك فكان المال في مقابلة ذلك وليس
الاجنبي كالعبد حيث لا يثبت له به شيء اصلا وكان اشتراط البدل عليه كاشتراط الثمن على
غير المشتري فلا يجوز وقوله ولو قال اعتق امتك عني بالف درهم والمسئلة بحالها اي قال
على ان تزوجنيها ففعل فابت ان تتزوجه قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة
اداه الآمر وما اصاب المهر بطل عنه قال الوجه ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله على ما عرف
يعني في اصول الفقه وفيه شبهتان احديهما ان هذا البيع فاسد لانه بيع بما يخصها من الالف لو
قسم عليها وعلى منافع بضعها وهو فاسد ولانها دخلت صفقة النكاح في صفقة البيع والبيع
الفاسد لا يفيد الملك بدون القبض ولا ملك هاهنا فيجب ان لا ينفذ العتق اذ لا عتق فيما لا يملكه ابن
آدم والثانية ان البيع اذا كان فاسدا او يجب قيمة العوض يجب قيمة المبيع كاملة والقول بالحصة
من الثمن انما هو موجب البيع الصحيح كما اذا جمع بين عبد ومدبر وبين عبده وعبد غيره فان البيع
صحيح في العبد بحصته من الثمن كما سياتي واجاب الامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله عن الاولى
بان الامة ينتفع بهذا الاعتاق فمن هذا الوجه تصير قابضة نفسها ادنى قبض وادنى القبض
يكفي في البيع الفاسد كالقبض مع الشيوع فيما يحتمل القسمة وقال الامام فخر الاسلام رحمه الله عن
الثانية بان البيع مدرج في الاعتاق فاخذ حكم الاعتاق في عدم الفساد بالشرط فلم يبطل البيع بشرط
النكاح فيجب القول بما يخص من الثمن وقوله ولو زوجت نفسها منه يعني في المسئلتين لم يذكره
محمد رحمه الله في الجامع الصغير وجوابه ان ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول وهو ما اذا لم
يقل فيه عني لعدم صحة الضمان وهي للمولى اي حصة القيمة للمولى في الوجه الذي قال فيه عني وما
اصاب مهر مثلها كان مهرا للامة في الوجهين

باب التدبير

ذكر الاعتاق الواقع بعد الموت
عقيب الاعتاق الواقع في الحيوة ظاهر المناسبة قال التدبير في اللغة هو النظر الى عاقبة الامر وفي
الشريعة هو ايجاب العتق الحاصل بعد موت الانسان بالفاظ تدل عليه صريحا كقوله دبرتك او انت مدبر
او دلالة كقوله اذا مت فانت حر او انت حر مع موتي او في موتي وكقوله اوصيت لك بنفسك او برقبتك
او بعتقك او بثلث مالي وحكمه انه لا يجوز اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما في الكتابة فاذا مات وهو

يخرج

تمام الحفظ

وفي الجواب الاول بحث ظاهر

علیه ج

يخرج من الثلث عتق وان لم يخرج عتق ثلثه ويسعى في ثلثيه وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه وهبته
لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في ساير التعليقات من دخول الدار ومجيء راس الشهر و
غيرهما وكما في المدبر المقيد فان ذلك جائز فيه بالاخلاف ولان التدبير وصية حتى يعتبر من ثلث المال و
الوصية لا يمنع الموصي من التصرف بالبيع وغيره كما لو اوصى برقبته لانسان ولنا قوله صلى الله عليه وسلم المدبر
لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث رواه نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما قال ولانه اي التدبير سبب
الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت فلا بد لها من سبب ولا سبب غيره ثم اما ان يكون سببا في الحال او بعد الموت
لا جائز ان يكون بعد الموت لانه حال بطلان الاهلية فلا يمكن تاخير السببية اليه ولانه في الحال موجود و
بعد الموت معدوم لكونه كلاما عرضا لا يبقى فتعين ان يكون سببا في الحال واعترض على المصنف بان هذا
الكلام مناقض لما ذكر في آخر باب العبد يعتق بعضه حيث قال وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت واقول
قولهم جعله سببا في الحال اولى يدل على ان جعله سببا في الحال وان كان المذهب عند اصحابنا ليس بمتعين فيحمل
ما ذكر هناك على غير الاولى فيندفع التناقض ويكون قد اطلع على رواية من اصحابنا انه يجوز ان يكون سببا
بعد الموت واختار جوازه باجتهاده وجعل ما ذهب اليه الاصحاب اولى فان قيل في التدبير تعليق وليس في التعليق
شيء من السبب ثابتا في الحال وانما يكون عند وجود الشرط فما بال التدبير خالف ساير التعليقات وهو مؤدى
قول الشافعي كما في ساير التعليقات اجاب بقوله بخلاف ساير التعليقات لان المانع من السببية قايم فيه قبل الشرط
واعلم ان في كلام المصنف رحمه الله غموضا لا تنكشف على وجه التحصيل الا بزيادة بيان فلا بد منها فنقول المانع
هو ما ينتفي به الشيء مع قيام مقتضيه وكل ما ينافي اللازم ينافي الملزوم واذا ظهر هذا قلنا القياس يقتضي
ان يكون ساير التعليقات سببا في الحال لكن المانع عن السببية في الحال وهو صفة كون تصرف التعليق يمينا لان اليمين
مانع عن تحقق الشرط اللازم للحكم فان المقصود من اليمين هو المنع من تحقق الشرط وما كان مانعا عن تحقق
اللازم الذي هو الشرط كان مانعا عن تحقق الملزوم الذي هو الحكم وهو وقوع الطلاق واليه اشار بقوله و
انه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وما كان مانعا للحكم لا يمكن ان يكون سببا له فصفة كون تصرف التعليق
يمينا يمنع عن كونه سببا للحكم وهو الطلاق والعتاق فان قلت قد يكون اليمين يعقد للحمل كما في قول الرجل ان
لم تدخل الدار فانت طالق وقد نص في الكتب ان اليمين يعقد للمنع او للحمل فكيف قال والمنع هو المقصود وانه
يقتضي الحصر عند البلغا قلنا لا نقصد باليمين الا منع الشرط والشرط فيما ذكرتم هو النفي والمقصود المنع منه
ويلزم منه الحمل فان قلت التدبير يمين او ليس بيمين فان كان يمينا وجب ان لا يكون سببا لقيام المانع على
ما قررتم وان لم يكن يمينا لم يستقم قوله بخلاف ساير التعليقات اذ الساير بمعنى الباقي قلت ليس بيمين لتعلق عتقه
بامر كاين بخلاف ساير التعليقات والاستقامة بخلاف ساير التعليقات بطريق المشاكلة ان لم يكن اليمين اخص من
التعليق ويرد عليه انت طالق اذا جاء غد فانه تعليق بامر كاين وليس بسبب في الحال والجواب انه اضافة لا تعليق وقوله

لام

بقيتمونه مكنا لانم انه كاين لا محالة بجواز ان يقوم القيامة قبل مجيء الغد
بخلاف موت المولى فانه لا بد منه

شام يرد عليه مثل انت طالق مرادي اوجاء حبيبي فانه حسن فانه يمين لم ينعقد للمنع حرابه يمنع كونه يمينا لكن به الضمون

قايم ج

٢٩١

فلم يمكن تاخير السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية فرق آخر بين التدبير وساير التعليقات ووجهه ان التدبير لا يمكن
فيه تاخير السببية الى ما بعد الموت لما ذكرنا من انتفاء اهلية الايجاب حينئذ واما ساير التعليقات فتاخير السببية
فيه الى زمان الشرط ممكن لقيام الاهلية عنده فافترقا واعترض بان قيام الاهلية ليس بشرط عند وجود الشرط
كمن علق طلاقها وهو صحيح ثم جن عند وجود الشرط لما تقدم والجواب ان قيام الاهلية ليس بشرط عند وجود الشرط
اذا لم يكن التعليق باطلا كما ان بطلان الاهلية كما ذكرتم في صورة المجنون واما اذا كان فلا نم ان الاهلية اذ ذاك غير شرط
وقوله ولانه وصية والوصية خلافة في الحال فرق آخر بينهما وتقديره التدبير المطلق وصية والوصية سبب الخلافة
في الحال لان الموصي يجعل الموصى له خلفا في بعض ماله بعد موته كالوارث فانها سبب الخلافة في الحال واعترض بانه لو كان
وصية لبطل اذا قتل المدبر سيده لان الوصية للقاتل لا تجوز وان كان الجرح قبلها او بعدها ولجاز البيع لان الموصي
يجوز له بيع الموصى به ويكون رجوعا عن الوصية وليس الامر كذلك والجواب عنهما جميعا ان ذلك في وصية لم يكن
وجه التعليق لانها الوصية المطلقة والتدبير ليس كذلك ووجه اختصاص ذلك ان بطلان الوصية بالقتل وجواز
البيع وكونه رجوعا انما يصح في موصى به يقبل الفسخ والبطلان والتدبير لكونه اعتاقا لا يقبل ذلك وقوله وابطال
السبب لا يجوز تتمة الدليل متصل بقوله ولانه سبب الحرية وما بينهما لاثبات هذه القضية وتركيب القياس هكذا
التدبير سبب الحرية وسبب الحرية لا يجوز ابطاله وفي البيع وما يشابهه من الهبة والصدقة والامهار ذلك
بطلان سبب الحرية فلا يجوز **قال** وللمولى ان يستخدمه ويواجره لان التدبير لا يثبت الحرية في الحال وانما يثبت
استحقاق الحرية فكان الملك فيه ثابتا ولهذا لو قال كل مملوك لي فهو حر دخل فيه المدبر واذا كان كذلك فللمولى ان
يستخدمه ويواجره وان كانت امة وطيها وله ان يزوجها لان ولاية هذه التصرفات بالملك وهو ثابت فاذا مات
المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا يعني من حديث ابن عمر رضي الله عنهما وهو قوله عليه السلام وهو حر من الثلث ولان
التدبير وصية لكونه تبرعا مضافا الى ما بعد الموت ولا نعني بالوصية الا ذلك والحكم يعني العتق غير ثابت في الحال لانه
يفيد استحقاق الحرية كما ذكرنا آنفا وذلك وصية تنفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثي رقبته وان
كان على المولى دين يسعى في كل قيمته لان الدين مقدم على الوصية والعتق لا يمكن نقضه فيجب عليه رد قيمته وقوله وولد
المدبرة مدبر هذه هي النسخة الصحيحة ووقع في بعض النسخ وولد المدبر مدبر وليس بصحيح لان ولد المدبر اما ان
يكون من امة او غيرها فالاول رقيق لمولاها والثاني تتبع الام في التدبير والكتابة وغيرهما دون الاب واما ولد المدبرة
فهو مدبر نقل على ذلك اجماع الصحابة رضي الله عنهم وخوصم الى عثمان رضي الله عنه في اولاد مدبرة فقضى بان ما ولدته
قبل التدبير عبد يباع وما ولدته بعد التدبير فهو مثلها لا يباع وكان بمحضر الصحابة ولم ينقل عن احد خلاف وقوله
فان علق التدبير بموته بيان للمدبر المقيد وهو ان تعلق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي او سفري
او مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد في الحال للتردد في تلك الصفات فربما يرجع من ذلك السفر
ويبرا من ذلك المرض بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة وتحقيقه يستفاد مما قدمناه

وهو ان المعلق به اذا كان على خطر الوجود كان في معنى اليمين وقد عرفت ان صفة كونه يمينا تمنع عن السببية واما اذا كان امرا
كائنا لا محالة لم يكن في معنى اليمين وكان سببا فان قيل اذا لم ينعقد السبب في الحال ففي اي وقت ينعقد ان انعقد بعد
الموت فليس بمحل اهلية الايجاب وان انعقد قبله كيف يجوز بيعه فالجواب انه موقوف فان مات المولى على الصفة التي
ذكرها عتق كما يعتق المدبر من الثلث لانه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من اجزاء حيوته لتحقق تلك الصفة حينئذ
وان عاش بطل التدبير ومن المقيد ان يقول ان مت الى سنة او عشر سنين لما يعني قوله للتردد في تلك الصفات
بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكائن لا محالة وهذا الذي ذكره رواية
الحسن عن ابي حنيفة في المنتقى وذكر الفقيه ابو الليث في نوازله لو ان رجلا قال لعبده انت حر ان مت
الى مائتي سنة قال ابو يوسف هذا مدبر مقيد وله ان يبيعه وقال الحسن هو مدبر لا يجوز بيعه لانه علم
انه لا يعيش الى تلك المدة فصار كانه قال ان مت فانت حر ثم لو مات قبل السنة في الاول او قبل عشر سنين
في الثاني عتق ولو مات بعدهما لم يعتق لانه لم يوجد الشرط في المدبر المقيد

باب الاستيلاد

لما فرغ عن بيان التدبير شرع في بيان الاستيلاد عقيبه لمناسبة بينهما من حيث ان لكل واحد منهما حق الحرية
لا حقيقتها والاستيلاد طلب الولد فام الولد من الاسماء الغالبة كالصغيرة في الصفات الغالبة اذا ولدت الامة
من مولاها فقد صارت ام ولد له لا يجوز بيعها ولا هبتها ولا تمليكها لقوله عليه السلام لما ولدت مارية ابرهيم من رسول
الله صلى الله عليه وسلم وقيل له الا تعتقها اعتقها ولدها اخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع لان الحديث
وان دل على تنجيز الحرية لكن عارضه ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل ولدت
امته منه فهي معتقة عن دبر منه فعملنا بهما جميعا ومنعنا البيع بالحديث الاول والتنجيز بالحديث الثاني و
لا يقال محلية البيع معلومة فيها بيقين فلا يرتفع الا بيقين مثله وخبر الواحد لا يوجبه لانا نقول الاحاديث الدالة على منعها
من المشاهير وقد انضم اليها الاجماع اللاحق فرفعها ولان الجزئية قد حصلت بين الواطي والموطوءة بواسطة الولد فان
الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن التمييز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة وهي تمنع بيعها وهبتها لان بيع جزء
الحر وهبته حرام فان قيل هذه الجزئية معتبرة لتنجز العتق لان الجزئية توجبه ولستم قائلين به اجاب بقوله الا
ان بعد الانفصال يعني ان الولد انما يعلم بعد الانفصال وبعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فاوجب
حكما موجلا الى ما بعد الموت وما عضد المنقول بالمعقول في اثبات حكم موجل الى ما بعد الموت وهو العتق فتحرم بيعه
في الحال لثبوت حق الحرية فيها فان قيل لو كانت الجزئية باقية حكما لعتق من ملكتم امراته التي ولدت منه بعد موتها وليس
كذلك اجاب بقوله وبقاء الجزئية حكما ومعناه ان بقاء الجزئية حكما عبارة عن ثبات النسب والاصل في ثبات النسب هو الاب
لان الولد ينسب اليه والام ايضا بواسطة الولد يقال ام ولد فلان فكذلك في الحرية فيثبت في حقهم لا في حقهن وقوله
وكذا اذا كان بعضها مملوكا له يعني لو كانت الجارية مشتركة بين رجلين فاستولدها احدهما كانت ام ولد له
لان الاستيلاد لا يتجزى لانه فرع ما لا يتجزى وهو النسب فيعتبر باصله فان قيل وقد ذكر في باب العبد يعتق

بعضه والاستيلاد متجزء عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبره يقتصر عليه الى آخره فاوجه التوفيق بين كلاميه اجيب بان
معنى قوله لا يتجزى يتملك نصيب صاحبه بالضمان مع ملك نصيبه فيكمل الاستيلاد على ما يجيء بعد هذا الباب لان نصيب
صاحبه قابل للنقل بضمان المستولد لان الاستيلاد وقع في القنة وهي قابلة للانتقال من ملك الى ملك وما ذكره هنا من
تجزى الاستيلاد فانما فرض المسألة في المدبرة وهي غير قابلة للنقل فكان الاستيلاد منحصرا على نصيبه فتجزى
الاستيلاد ضرورة فكان دفع التناقض باعتبار اختلاف الموضوع والمحال وقيل بانه يحتمل ان يكون فيه روايتان
عن ابي حنيفة رح وذلك لانا جعلنا الاستيلاد مقيسا عليه في انه لا يتجزى فكان مجمعا عليه ثم اجاب عنها ابو حنيفة بانه
متجزء عنده في ذلك ومثل هذا كان للاختلاف الروايتين كذا في النهاية **قال** وله وطئها واستخدامها واجارتها و
تزويجها **ق** قد ذكرنا ان الاستيلاد يوجب حق الحرية لا حقيقتها فكان الملك فيها قائما كالمدبرة فجاز له ان يطأها
ويستخدمها ويؤجرها ويزوجها قيل ان يستبرئها فان قيل شغل الرحم بائه محتمل واحتمال ذلك يمنع جواز
النكاح كما في المعتدة اجيب بان محله جواز النكاح كانت ثابتة قبل الوطء وقد وقع الشك في زوالها فلا يرتفع
بخلاف المنكوحة فان المنكوحة خرجت عن محلية نكاح الغير فلا يعود اليها الا بعد الفراغ حقيقة وذلك بعد العدة
ق قوله ولا يثبت نسب ولدها اي ولد الامة رجوعا الى صدر الباب بقوله اذا ولدت الامة من مولاها لان ولد
ام الولد يثبت نسبه من غير دعوة على ما يجيء في قوله فان جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه بغير اقراره وحكم
المدبرة كحكم الامة في انه لا يثبت النسب منها بدون دعوة المولى **و** قوله لان بعقد يدعي بالولد والاعتراف بالوطء
غير ملزم **قال** الشافعي رحمه الله يثبت نسبه وان لم يدع لانه لما ثبت النسب بالعقد اي بالنكاح الذي هو مفض
الى الوطء فلان يثبت وهو اكثر افضاء اولى **ق** ولنا ان وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع
عنه اي عن طلب الولد وهو سقوط التقوم عنده ونقصان القيمة عندهما وعدم نجابة اولاد الاماء عندهم فلا بد
من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطء فانه لا يثبت النسب فيه بغير الدعوة بخلاف العقد لان الولد يتعين
مقصودا منه فلا حاجة الى الدعوة لا يقال النسب باعتبار الجزئية او بما وضع لها والقصد وعدمه لا مدخل له في
ذلك لانا نقول لو كان كذلك لثبت من الزاني وليس كذلك وانما النظر الى الموضوعات الاصلية والعقد موضوع لذلك
فلا يحتاج الى الدعوة ووطء الامة ليس بموضوع له فيحتاج اليها **و** فان جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه من غير اقرار
اذا كان قد اعترف بالولد الاول لانه بدعوى الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقودة الا انه اذا نفاه
ينتفي من غير لعان ما لم يقض القاضي به او لم يتطاول المدة فاما بعد قضاء القاضي فقد لزمه على وجه لا يملك ابطاله وكذلك
بعد التطاول لانه يوجد منه دليل الاقرار في هذه المدة من قبول التهنئة ونحوه وذلك كالتصريح بالاقرار واختلافهم
في مدة التطاول قد سبق في اللعان **و** قوله لان فراشها ضعيف واضح **و** قوله وهذا الذي ذكرناه اي عدم ثبوت نسب ولد
الامة بدون الدعوة حكم قضاء القاضي فاما الديانة يعني فيما بينه وبين الله تعالى فالاعتراف به والدعوى ان وطئها
وحصنها ولم يعزل عنها والمراد بالتحصين هو ان يحفظها عما يوجب تهمة الزنا **و** قوله لانه هو الظاهر وهو ان الولد
يعزم

منه عند التحصين وعدم العزل يقابله اي يعارضه ظاهر آخر وهو العزل او ترك التحصين **و** قوله وفيه
روايتان اخريان في بعض النسخ اخراوان وليس بصحيح **و** قوله عن ابي يوسف ومحمد قيل فائدة تكرار عن
دفع وهم من يتوهم ان الروايتين عنهما باتفاقهما فانه ليس كذلك وانما عن كل منهما رواية تخالف رواية الآخر
فاما رواية ابي يوسف فهي انه اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه ان يدعيه سواء عزل
عنها او لم يعزل حصنها او لم يحصنها تحسينا للظن بها وحملا لامرها على الصلاح ما لم يتبين خلافه **و**
اما رواية محمد فهي انه لا ينبغي له ان يدعيه اذا لم يعلم انه منه ولكن ينبغي له ان يعتق الولد ويستمتع بها بعد
موته لان استلحاق نسب ليس منه لا يحل شرعا فيحتاط من الجانبين وذلك في ان لا يدعي النسب ولكن يعتق الولد ويعتقها
بعد موته لاحتمال ان يكون منه **و** ما ذكره ابو حنيفة هو الاصل لانه اذا وطئها ولم يعزل وحصنها فالظاهر ان
الولد منه فيلزمه ان يدعيه وان لم او عزل وقد الاحتمال فلا يلزمه الاعتراف بالشك فان زوجها فجاءت بولد فهو في
حكم امه لان الاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد **و** النسب يثبت من الزوج لان الفراش له بالنكاح وان
كان النكاح فاسدا بعدما اتصل بها الدخول لان الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام ومن الاحكام ثبوت النسب
وعدم جواز البيع والوصية واذا كان الفاسد منه ملحقا بالصحيح كان اقوى من فراش ام الولد **و** قوله ولو
ادعاه المولى معناه اذا زوج المولى امته فولدت فادعاه المولى لا يثبت النسب منه لانه ثابت النسب من غيره
ويعتق الولد وتصير امه ام ولد له لاقراره **و** انما فسرنا كلامه بذلك ليستقيم قوله وتصير امه ام ولد لان
امومية ام الولد ثابتة قبل هذه الدعوة فلا يستقيم حينئذ وتصير امه ام ولد له هكذا نقل عن فوائد مولانا
حميد الدين الضرير رحمه الله **فان** قيل ينبغي ان لا تصير امه ام ولد لمولاه لان ام الولد مبنية على ثبوت النسب
بدعوة الولد فاذا لم يثبت الاصل كيف يثبت الفرع اجيب بان مجرد الاقرار بالاستيلاد كاف لثبوته وان كان ذلك
الاقرار في ضمن شيء لم يثبت ذلك الشيء لمصادفة اقرار المولى في محله وهو الملك وهذا لاحتمال ان يكون الولد
ثابت النسب من المولى بعلوق سبق النكاح او بشبهة بعد النكاح الا ان هذا الاحتمال غير معتبر في حق
النسب لثبوت النسب من الزوج واستغنائه عن النسب فبقي معتبرا في حق الام للاحتياج الى ان تصير
ام له **قال** واذا مات المولى عتقت من جميع المال **و** اذا مات المولى عتقت من جميع المال سواء كان زوجها
او لا لما رواه محمد بن الحسن رحمه الله من حديث سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بعتق امهات
الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث **و** معنى قوله امر حكم لا الامر المصطلح فانهن يعتقن بعد
الموت كما تقدم **و** انما نكر الدين نفيا للسعاية للغرماء والورثة **و** لا يجعلن من الثلث تاكيد له لانه فهم ذلك من
قوله وان لا يبعن في دين **و** لان الحاجة الى الولد اصلية لان الانسان يحتاج الى بقاء نسله كما انه يحتاج الى
بقاء نفسه وكل ما كان من الحوائج الاصلية يقدم على حق الورثة والغرماء كالتجهيز والتكفين بخلاف التدبير
لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج **و** قوله ولا سعاية عليها اي على ام الولد في دين المولى للغرماء لما بينا ان الحاجة

الى الولد اصلية الى آخره وفي بعض النسخ لما روينا يعني حديث سعيد بن المسيب ووجه ذلك انه لما قال ولا
يبعن دل على اسماء المالية واذا عدمت مالیتها لم يسع عليها سعاية وقوله ولانه يبغي ام الولد ليست بمال متقوم حتى لو
غصبها رجل وماتت عنده لا يضمنها الغاصب عند ابي حنيفة رح لان ماليتها غير متقومة عنده وقد تقدم
فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص فان من له القصاص اذا مات وهو مديون ليس لارباب الديون ان ياخذوا
من عليه القصاص بدينهم وليستوفوا منه ديونهم بمقابلة ما وجب عليه القصاص من ديونهم لان القصاص
ليس بمال متقوم حتى ياخذوا بمقابلته شيئا متقوما وكذا اذا قتل المديون شخصا لا يقدر الغرماء على منع ولي
القصاص من استيفاء القصاص وكذا اذا قتل مديونا والمديون قد عفى لا يقدر الغرماء على منع المديون عن
العفو واذا اسلمت ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها وهي ثلث قيمتها فقد علم ما تقدم وكلامه واضح
واستشكل القول بالسعاية عليها عند ابي حنيفة رحمه الله مع ان مالية ام الولد غير متقومة عنده فان
القول بالسعاية قول بالتقوم اذ السعاية بدل عما ذهب من ماليتها وقوله ومالية ام الولد يعتقدها الذمي
متقومة فيترك وما يعتقدها جواب عن هذا الاشكال وقوله ولانها يعني مالية ام الولد ان لم تكن متقومة
فهي محترمة وهذا اي كونها محترمة تكفي لوجوب الضمان جواب آخر لذلك الاشكال واعترض عليه بان الاحترام
لو كان كافيا لوجوب الضمان لوجب على غاصبها الولد واجيب بان مبنى الضمان في الغصب على المماثلة ولا
مماثلة بين ماليتها لانتفاء تقومها وبين ما يضمن به من المال المتقوم وهذا على طريقة تخصيص العلل وقد تقدم
الكلام في مثله وقوله كما في القصاص المشترك يعني اذا كان القصاص مشتركا بين جماعة وعفى احدهم يجب المال
للباقين وان لم يكن القصاص مالا متقوما لكنه حق محترم فجاز ان يكون موجبا للضمان لاحتباس نصيب الآخرين
عنه بعفو احدهم ولو مات مولاها وهو النصراني عتقت بلا سعاية لانها ام ولد ولو عجزت في حيوته لا ترد
قنة لانها لو ردت قنة اعيدت مكاتبة لقيام الموجب وهو اسلامها مع كفر مولاها وقوله ولو استولدها
صورة المسئلة ظاهرة وتقرير وجه الثاني فهذه علقت برقيق وهو ظاهر ومن علقت برقيق
لا يصير ام ولد لمن علقت منه لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة اي في
حالة العلوق والجزء لا يخالف الكل وفي صورة النزاع كان الام رقيقة لمولاها في تلك الحالة فلو انعلق الولد حرا
كان الجزء مخالفا للكل وقوله كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني انها لا تكون ام ولد لكون العلوق ليس
من مولاها قيل في كلام المصنف تسامح لان قوله هذا يدل على ان علة الاستيلاد كون العلوق من مولاها ولهذا لا
يثبت اذا علقت من الزنا وقوله وهذا لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا يدل على ان هذا هو العلة
وهو المشهور عنه وذلك مغاير للاول وهذا فاسد لان العلة هو علوق الولد حرا عنده ليس الا وفي صورة
الزنا انما لم يثبت في صورة الزنا انما لم يثبت امومية الولد لان الولد انعلق رقيقا لان الزاني ما في تلك الحالة
ملك مولاها ولنا ان سبب الاستيلاد هو الحرية الحاصلة من الولد على ما ذكرنا من قبل في اول الباب حيث قال والله

الجزء

رجل ح

الولد ح

ليس كذا كي ح

الجزء قد حصلت بين الواطي والموطوءة والجزئية انما يثبت بينهما بنسبة الولد الى كل منهما كملا وقد ثبت
النسب بالنكاح فثبت الجزئية بهذه الواسطة واذا ثبت الجزئية ثبت امومية الولد وقوله بخلاف الزنا جواب
عن قوله كما اذا علقت بالزنا لانه لا نسب فيه اي في الزنا للولد الى الزاني فلا يثبت الجزئية المعتبرة
في الباب وهو الجزئية الحكمية فلا يثبت امومية الولد فان قيل لما لم يثبت النسب من الزاني فلم يعتق
على الولد من الزنا اجاب بقوله وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزءه حقيقة بغير واسطة بخلاف
امومية الولد فانها ثبتت بواسطة نسب الولد والنسبة عن الزاني منقطعة فكانت امومية الولد بالزنا
نظير من اشترى اخاه من الزنا لا يعتق عليه لان عتق الاخ ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد و
هي غير ثابتة والمراد بالاخ الاخ لاب واما الاخ لام فانه يعتق عليه اذا ملكه وان كان من الزنا
لان النسب بينهما ثابتة وقوله واذا وطئ جارية ابنه ظاهر قال واذا كانت الجارية بين
الشريكين هذه قد مر ذكرها في اول الباب حيث قال وكذا اذا كان بعضها مملوكا ولكن كان
ذكره هناك من حيث ان الاستيلاد يخرج الامة الى حق الحرية قبل الموت والى حقيقتها بعده و
ذكره ههنا باعتبار ثبوت النسب وبيان ما ذكره بعدم تجزي الاستيلاد المذكور هناك وتملك
نصيب صاحبه وضمان نصف العقر وغير ذلك مما ذكره فلا يعد تكرارا وكلامه واضح خلا ما ننبه
عليه قوله فادعاه احدهما لا تفرقة في ذلك بين الصحة والمرض وقوله لانه لما ثبت النسب منه في
نصفه الى آخره ترد عليه القلب وهو ان يقال لما لم يثبت النسب منه في نصف الشريك مصادفته
ملك غيره لا يثبت في الباقي ضرورة انه لا يتجزى الى آخر ما ذكر في الكتاب واجيب عنه بتغليب جانب
المثبت للنسب احتياطا الا يرى انه يسقط الحد عنه بهذا الطريق ويجب العقر وكذلك يثبت النسب
منه بالدعوة وقوله فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه قال في النهاية هذا على اختيار بعض المشايخ و
اما الاصح من المذهب فالحكم مع علته اي الاستيلاد يقترنان لما عرف في اصول الفقه واقول يجوز ان يكون
مراده بالتعقيب التعقيب الذاتي دون الزماني وحينئذ يكون واردا على الاصح من المذهب وقوله
بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هناك يثبت بشرط الاستيلاد فيتقدمه و
هذه التفرقة بين الشريك والوالد من حيث ان ملك الشريك في النصف قائم وقت العلوق وذلك يكفي
للاستيلاد فيجعل تملك نصيب صاحبه حكما للاستيلاد فيكون الوطي واقعا في غير ملكه وذلك
يوجب الحد لكنه سقط بشبهة الشركة فيجب العقر واما الاب فلم يكن له ملك في الجارية وقد استولدها
فيجعل ملكه فيها شرطا للاستيلاد في ملكه حملا لامره على الصلاح فيكون الوطي في ملكه والوطي فيه
لا يوجب العقر والمراد بالعقر مهر المثل فيكون الشريك ضامنا لنصف مهر مثلها هكذا في مبسوط
شمس الائمة السرخسي وفي مبسوط شيخ الاسلام والمحيط العقر قدر ما يستاجر المراة لو كان

الاستيجار للزنا حلالا و قوله فلم يتعلق منه شئ على ملك الشريك لانه كما علق انعلق حر الاصل لان
نصفه انعلق على ملكه فانه يمنع ثبوت الرق فيه لما ذكرنا من ترجيح مثبت النسب وان ادعياه معا يثبت نسبه منهما قال المصنف معناه اذا حملت على ملكهما وانما قيد بذلك لانه
اذا الحمل على ملك احدهما نكاحا ثم اشتراها هو واخر فهي ام ولد له لان نصيبه منها صار ام
ولد له والاستيلاد لا يتجزى فيثبت في نصيب شريكه ايضا و قال الشافعي رحمه الله يرجع
الى قول القافة وهي جمع القايف كالباعة في جمع البايع وهو الذي يتتبع اثار الاباء في الابناء من
قاف اثره والقيافة في بني مدلج لعنهم المجزز لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا ان الولد
لا يتخلق من مائين اي من ماء رجلين متعذر فعملنا بالشبه و قد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم
بقول القائف في اسامة رضي الله عنه روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على عايشة رضي الله عنها
واسارير وجهه تبرق من السرور فقال اما علمت ان مجزز المدلجي مر باسامة وزيد وهما تحت
قطيفة قد غطيا وجوههما وارجلهما بادية فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض ولو كان
الحكم بالشبه باطلا لما جاز اظهار ولوجب عليه الرد والانكار ولنا كتاب عمر رضي الله تعالى عنه الى شريح
رحمه الله في هذه الحادثة لبّسا فلبّس عليهما ولو بيّنا لبيّن لهما هو ابنهما يرثانه ويرثهما وهو للباقي منهما
اي الولد يكون للاب الباقي من الابوين اللذين كانا له الميراث للاب الحي دون ان يكون نصف لورثة
الاب الميت وكان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم يروم به ابرازه في معرض الجمع عليه و قوله
في سبيل الاستحقاق يعني الملك و قبيل الدعوة و قوله احكام متجزية يريد بها مثل النفقة وولاية التصرف
في ماله والحضانة والميراث فما تقبل التجزية كالميراث يثبت على التجزية في حقهما وما لا يقبلها كالنبوة
النسب وولاية الانكاح يثبت في حق كل واحد منهما كملا كان ليس معه غيره و قوله الا اذا كان احدهما
استثناء من قوله وما لا يقبلها يثبت في حق كل منهما كملا و قوله وسرورا لنبي صلى الله عليه وسلم
جواب عن قوله و قد سر رسول الله صلعم واختلفوا فيما اذا ادعى الولد اكثر من اثنين فجوزه ابو حنيفة
ونفاه ابو يوسف وجوزه محمد الى الثلث قال ابو يوسف ثبت على خلاف القياس بقضية عمر فلا
نتعداه و قال محمد الثلثة قريب من اثنين و قال ابو حنيفة سبب الجواز الملك والدعوة وقد وجد
و قوله فيصير نصيبه منها ام ولد له تبعا لولدها فتخدم كل واحد منهما يوما كما كانت تفعل قبل
هذا لانه لا تاثير للاستيلاد في ابطال ملك الخدمة واذا مات احدهما عتقت ولا ضمان للشريك في تركة
الميت بالاتفاق لوجود الرضى منهما بعتقها عند الموت ولا سعاية عليها في قول ابي حنيفة وتسعى في
نصف قيمتها للشريك الحي عندهما ولو اعتقها احدهما حال حيوته عتقت ولا ضمان على المعتق لشريكه
ولا سعاية في قول ابي حنيفة وعندهما ضمن المعتق نصف قيمتها ام ولد لشريكه ان كان موسرا وتسعى

في نصف

كان ح

السرور ح

فيه تامل فتامل

في نصف قيمتها ان كان معسرا و على كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بماله على الاخر نفتحا الا ما اي
الدعوله و قوله كما اذا اقاما البينة يعني اذا اقاما البينة على شئ يكون ذلك مشتركا بينهما على السوية فكذا
ههنا واذا اقاما البينة على ان مجهول النسب كان الحكم هكذا فكذا ههنا و من وطئ جارية مكاتبه فجاءت
بولد فادعاه فلما ان يصدقه المكاتب او لا فان صدقه يثبت النسب ولا تصير الجارية ام ولد للمولى
وان كذبه فلا يثبت النسب ايضا وعن ابي يوسف انه لا يعتبر تصديقه بل يثبت بمجرد دعوة المولى النسب
كما في الاب والجامع بينهما ان جارية المكاتب كسبه ككسب المولى وجارية الابن كسبه ككسب الاب و وجه الظاهر
وهو الفرق بين استيلاد جارية الابن حيث يثبت فيه النسب بغير تصديق وجارية المكاتب حيث
يشترط فيها التصديق ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه لحجره على نفسه وبهذا لا يملك كسب المكاتب
عند الحاجة والدعوة تصرف فلا يملكها المولى الا بتصديقه والاب يملك تملك مال ابنه لانه لم يحجر على نفسه
فلا معتبر بتصديقه وانما لا تصير الجارية ام ولد اذا صدقه المكاتب لان حق الملك ثابت له في كسبه
وذلك كاف لاثبات نسب الولد الا يرى انه بعجزه ينقلب حقيقة ملك عند الحاجة به الى التملك وليس
للاب في مال الولد ملك ولا حق ولا يمكن اثبات النسب منه الا باعتبار تملك الجارية فيثبت الملك
سابقا ووقع الوطئ في ملكه وولدت منه فكانت ام ولد له و قوله وعليه عقرها اي على المولى
عقر جارية المكاتب لان الملك لا يتقدم الوطئ لان ما له من حق الملك كاف لصحة الاستيلاد وكان الوطئ
واقعا في غير الملك وهو يستلزم الحد او العقر وقد سقط الاول بالشبهة فتعين الثاني و قوله
لما نذكر اي نذكر الحق الذي للمولى على المكاتب في كتاب المكاتب قيل وفي كلام المصنف نظر لانه قال ماله
من الحق كاف لصحة الاستيلاد والمفهوم منه ثبوت استيلاد جارية المكاتب والمنصوص في الكتب
عن اصحابنا ان الاستيلاد لا يثبت وهو نفسه صرح بهذا بعد خطين بقوله ولا تصير الجارية ام
ولد له اي للمولى فاذا لم تصر الجارية ام ولد له فمن اين يصح الاستيلاد والجواب انه دلالة لفظ
الاستيلاد على طلب نسب الولد اقوى منه لانه على كونها ام ولد وكان المراد بقوله لصحة الاستيلاد لصحة
نسب الولد بدلالة ما بعده فان المصنف رحمه الله اجل قدرا من ان يقع بين كلاميه في سطرين تناقض
و قوله وقيمة ولدها معطوف على قوله عقرها و قوله وهو انه قيل اي الولد يعني ان الولد حصل له
كسب كسبه فان المكاتب كسبه وجارية المكاتب كسب كسبه وفيه نوع تكلف و يجوز ان يكون
انه اي الجارية كسب كسبه وذكر الضمير نظرا الى الخبر وهو كسب وفي الضمير في برقه عود الى الولد
قيل في قوله كما في ولد المغرور نظر وحق الكلام كما في المغرور بدون ذكر الولد يعني ان الجارية لا تصير
ام ولد للمولى لعدم الملك فيها حقيقة كما ان الجارية لا تصير ام ولد للمغرور لعدم الملك فيها والجواب ان
قوله كما في ولد المغرور متعلق بقوله فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه وحينئذ لا بد من ذكر الولد

وعلى هذا ان تكون متعلقا بقوله ولا تصير الجارية ام ولد لانه لا ملك له فيها حقيقة فتقديره كما في
ام ولد المغرور وقوله وان كذبه معطوف على قوله فان صدقه المكاتب وقوله ولو ملكه يعني ولد الجارية
التي ادعاه وكذبه المكاتب يوما من الدهر ثبت نسبه منه لقيام الموجب وهو الاقرار بالاستيلاد
وزوال المانع وهو حق المكاتب قال في المبسوط واذا ملك المولى الجارية اي في صورة التصديق يوما من
الدهر صارت ام ولد له لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب فان كذبه المكاتب ثم ملكه يوما ثبت
نسبه منه لان حق المكاتب في المحل كان مثبتا للنسب منه عند صحة الدعوة الا ان بمعارضة المكاتب
اياه بالتكذيب امتنع صحة دعوته وقد زالت هذه المعارضة حين ملكه والله اعلم

كتاب الايمان

المناسبات التي تعلم ذكرها من الكتب المتقدمة ههنا اقتضت الترتيب على ما
تقدم وذكر الايمان عقيب العتاق لما بينهما من المناسبة في عدم تاثير الهزل والاكراه فيهما واليمين
في اللغة القوة قال الله تعالى لاخذنا منه باليمين وفي الشريعة عقد قوي به عزم الحالف على الفعل
او الترك وشرطها كون الحالف مكلفا وسببها ارادة تحقيق ما قصده وركنها اللفظ الذي ينعقد
به اليمين وحكمها البر فيما يجب البر فيه والكفارة عند فواته وانما قيد بقوله فيما يجب البر لان من
الايمان ما يجب فيها الحنث على ما سياتي والايمان على ثلثة اضرب لانها بالله اما ان تكون فيها مواخذة
او لا فان كانت فاما ان تكون دنيوية فهي المنعقدة او اخروية فهي الغموس وان لم تكن فهي اللغو
فالغموس هي الحلف على امر ماض يتعمد الكذب فيه وذكر الماضي ليس بشرط بل هو بناء على الغالب الا يرى انه
اذا قال والله انه لزيد وهو يعلم انه ليس بزيد كان غموسا فهذه اليمين ياثم صاحبها فيها لقوله عليه السلام
من حلف كاذبا ادخله الله النار ولولا الاثم ما كان كذلك واسمه يدل على معناه لانه ما سمي غموسا
الا لانه يغمس صاحبها في الاثم ثم في النار قال شمس الائمة السرخسي اليمين الغموس ليست بيمين على الحقيقة
لان اليمين عقد مشروع وهذه كبيرة محضة والكبيرة ضد المشروع ولكن سماها يمينا مجازا لان
ارتكاب هذه الكبيرة باستعمال صورة اليمين كما سمى النبي صلى الله عليه وسلم بيع الحر بيعا مجازا لان
ارتكاب تلك الكبيرة باستعمال صورة البيع والتعريف الذي ذكرنا لم يتناوله ولا كفارة فيها الا التوبة
التوبة والاستغفار وقال الشافعي فيها الكفارة لان الكفارة شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله
وقد تحقق ذلك لان ذنب الاستشهاد بالله كاذبا فلا بد من رفعه وذلك بالكفارة كما في المعقودة ولنا انها
اي اليمين الغموس كبيرة محضة لقوله عليه السلام خمس من الكباير لا كفارة فيهن وذكر منها الغموس وكل ما
هو كبيرة محضة لا تناط بها العبادة لما ان اسباب العبادات لا بد وان تكون امورا مباحة كما
عرف في الاصول والكفارة عبادة حتى تتادى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تناط الغموس بها بخلاف
المعقودة لانها مباحة فجاز ان يناط بها العبادة وقد يجاب عن وجه الاول لو كان ما ذكرتم صحيحا لما

وجبت الكفارة على المظاهر لكون الظهار منكرا من القول وزورا وهذا نقض اجمالي والثاني لما وجبت بالادنى
وجبت بالاعلى بطريق الاولى والثالث ان الكبيرة سيئة والعبادة حسنة واتباعها اياها مباح لها
لقوله عليه السلام اتبع السيئة الحسنة تمحها وهاتان معارضتان والجواب عن الاول ان الكفارة لم
تجب بالظهار بل بالعود الذي هو العزم على الوطي وهو مباح وعن الثاني بانه لا يلزم من رفع
الاضعف شيء رفع الاقوى به وعن الثالث بان الحسنة تمحو السيئة المقابلة لها ومقابلة
هذه الحسنة لهذه السيئة ممنوعة بل المظنون خلاف المقابلة لقوله عليه السلام خمس من الكباير لا كفارة
فيهن الحديث وقوله ولو كان فيها ذنب جواب عما يقال المباح هو ما لا يكون فيه ذنب والمنعقدة فيها
ذنب فلا يكون مباحة فلا يناط بها العبادة كما ذكرتم وتقريره لو كان في المنعقدة ذنب لهتك
حرمة اسم الله فهو متاخر عن وقت الانعقاد باختيار مبتدا لم يدخل في السببية وبرفعها عند الطرياب ن
بخلاف الغموس فان الذنب فيها لازم لا يفارقه لا ابتداء ولا انتهاء فيمتنع الالحاق اي الحاق الغموس و
في هذا الجواب تلويح الى الجواب عن قوله فاشبه المعقودة والمنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل
كالمظاهر وقوله الا انه علقه بالرجاء اشارة الى ما قال في المبسوط فان قيل فما معنى تعليق محمد نفي
المواخذة في هذا النوع بالرجاء بقوله نرجو ان لا يواخذ الله بها صاحبها وعدم المواخذة في اليمين
اللغو منصوص وما عرف بالنص فهو مقطوع به قلنا نعم ولكن صورة تلك اليمين مختلف فيها وانما
علق بالرجاء نفي المواخذة في اللغو في الصورة التي ذكرها وذلك غير معلوم بالنص وما ذكر في الكتاب
من تفسير اللغو مروي عن زرارة بن اوفى وعن ابن عباس في احدى الروايتين وروي عن محمد
انه قال هو قول الرجل في كلامه لا والله وبلى والله هو قريب من قول الشافعي رحمه الله فان عنده اللغو
ما يجري على اللسان من غير قصد سواء كان في الماضي او في المستقبل وهو احدى الروايتين عن ابن
عباس رضي الله عنه وروي عن عائشة رضي الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في تفسير اللغو
لا والله وبلى والله وتاويله عندنا فيما يكون خبرا عن الماضي فان اللغو ما يكون خاليا عن الفايدة
والخبر في الماضي خال عن فايدة اليمين لان فايدتها المنع او الحمل وذلك لا يتحقق فيه فكان لغوا واما
في الخبر في المستقبل فعدم القصد لا يعدم فايدة اليمين وقد ورد الشرع بان الهزل والجد في
اليمين سواء ولقايل ان يقول في حصر الايمان على الثلثة على التفسير المذكور في الكتاب نظر لان قول
الرجل والله اني لقايم الآن في حال قيامه مثلا يمين وليس من الضروب المذكورة في الكتاب على التفسير
المذكور ويمكن ان يلتزم بانه ليس بيمين على هذا الاصطلاح لما مر من تعريفها وانما هذا قسم
وهو جملة انشائية اكدت بها جملة اخرى والقاصد في اليمين والمكره والناسي وهو ان يذهل عن
التلفظ باليمين ثم يتذكر انه تلفظ بلفظ اليمين ناسيا وفي بعض النسخ ذكر الخاطي مكان الناسي

وهو ان يريد ان يسبح مثلا فيجرى على لسانه اليمين سواء حتى يجب الكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين فان قلت اليمين عقد يقوى بها عزم الحالف على الفعل والترك فهو من الافعال الاختيارية فكيف يكون الناسي فيه كالقاصد قلت ذلك هو القياس وقد ترك بالنص لا يقال النص معارض بقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن امتي الخطاء والنسيان لانه محتمل ونص اليمين مفسر قوله والشافعي رح يخالفنا في ذلك يعني في وجوب الكفارة على المكره والناسي وسنبين في الاكراه ان شاء الله تعالى قوله ومن فعل المحلوف عليه ناسيا او مكرها سواء اي فهو ومن فعله مختارا سواء تركه لدلالة فحوى الكلام عليه لان شرط الحنث وجود الفعل حقيقة وقد وجد لانه لا ينعدم بالاكراه وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة وهو وجود الفعل الحسي قوله ولو كانت الحكمة رفع الذنب جواب عما يقال الحكمة في ايجاب الكفارة رفع الذنب والمغمى عليه والمجنون لا ذنب لهما لعدم فهم الخطاب فكيف يجب وتقريره الحكم وهو وجوب الكفارة داير مع دليل الذنب وهو الحنث لا مع حقيقة الذنب كوجوب الاستبراء داير مع دليل شغل الرحم وهو استحداث الملك لا مع حقيقة الشغل حتى انه يجب وان لم يوجد الشغل اصلا بان اشترى جارية بكرا او اشتراه من امرأة ولقائل ان يقول اقامة الدليل مقام المدلول لدوران الحكم عليه انما يكون اذا كان المدلول امرا خفيا في الاكثر فيدور عليه وان لم يتصور المدلول في بعض الصور كما ذكرت من شغل الرحم والمدلول وهو الذنب في هذه الصورة عند الحنث محقق ظاهر فلا يصح اقامة الدليل مقام المدلول

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

لما فرغ من بيان ضروب الايمان بين ما يكون يمينا من الالفاظ وما لا يكون قوله واليمين بالله اي بهذا الاسم او باسم آخر من اسمائه كالرحمن والرحيم او بصفة من صفات ذاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه قوله والمراد بالاسم ههنا اللفظ الدال على الذات الموصوفة بصفة كالرحمن والرحيم وبالصفة المصادر التي تحصل عن وصف الله تعالى باسم فاعليها كالرحمة والعلم والعزة قوله والصفة على نوعين صفة ذات وصفة فعل لانه اما ان يجوز الوصف به وبضده اولا قوله الثاني صفة الذات كالعزة والعظمة والعلم قوله والاول صفة الفعل كالرحمة والغضب لجواز ان يقال رحم الله المؤمنين ولم يرحم الكافرين وغضب على اليهود دون المسلمين قوله ومشايخنا العراقيون على ان الحلف بصفات الذات يمين وبصفات الفعل ليس بيمين ويلزمهم ان يكون وعلم الله يمينا قوله واعتذروا بانه القياس لكنه ترك لمجيئه بمعنى المعلوم قوله ومشايخ ما وراء النهر على ان الحلف بكل صفة تعارف الناس الحلف بها يمين وبكل صفة لم يتعارفوه ليس بيمين وهو مختار المصنف يدل على ذلك قوله يحلف بها عرفا وقوله لان الحلف بها متعارف قوله ومعنى اليمين وهو القوة الى آخره ذكره استظهارا لانه لما بنى الايمان على العرف كان وجوده مغنيا عن النظر الى غيره قوله وقوله الا قوله وعلم الله استثناء منقطع من قوله او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا فان اليمين به اذا لم يكن متعارفا كان الاستثناء عن العرف منقطعا

والكلام

قوله والكلام في قوله ولانه يذكر ويراد به المعلوم كالكلام في قوله ومعنى اليمين وهو القوة حاصل فانه مذكور للاستظهار نعم العراقيون يحتاجون الى ذكره معذرة عن وروده على اصلهم كما تقدم قوله ولان الرحمة قد يراد بها اثرها منقوض بقدرة الله تعالى لانه يقال انظر الى قدرة الله تعالى والمراد اثره والا لكان بمعنى المقدور لكون القدرة غير مرئية فيكون كالعلم ومع ذلك يحلف بها قوله والحق ان مبنى الايمان على العرف فما تعارف الناس الحلف به كان يمينا والحلف بقدرة الله متعارف وبعلمه ورحمته وغضبه غير متعارف ولهذا قال محمد رحمه الله وامانة الله يمين ثم لما سئل عن معناه قال لا ادرى فكانه وجد العرب يحلفون بامانة الله عادة فجعله يمينا كانه قال والله الامين قوله ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا مثل ان قال والنبي والقرآن والكعبة لقوله صلى الله عليه وسلم من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر روى مالك رحمه الله في الموطا عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ادرك عمر رضي الله عنه وهو يسير في ركب وهو يحلف بابيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله ينهاكم ان تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت قال المصنف اما لو قال انا بريء منه يكون يمينا لان التبري منهما اي من النبي والقرآن كفر قوله ولقائل ان يقول سلمنا ان التبري منهما وكذا من كل كتاب سماوي كفر لكن كونه كفرا ليس بيمين ولا مستلزما لها الا ترى انه لو قال لحوتك لافعلن كذا واعتقد ان البر به واجب كفر وليس بيمين قوله والجواب سيجيء عند قوله ان فعل هذا فهو يهودي او نصراني قال والحلف بحروف القسم الحلف بالله انما يكون بحروف القسم ظاهرا او مضمرا قوله بحث حروف القسم وكون الباء اصلا وغيرها بدلا وجواز اضمار الحروف والنصب بعد الاضمار على ما اختاره البصريون او الجر على ما اختاره الكوفيون كله وظيفة نحوية في الاصل والاصولي يبحث عنها من حيث استنباط المسائل الفقهية منها والتوصل اليها ولا اشتغال بكتاب الهداية الا بروان يكون قد حصل ذلك وراءه قوله الفرق بين الاضمار والحذف بقاء اثر المضمر دون المحذوف والمصنف ذكر الاضمار في الرواية والحذف في التعليل بطريق المساهلة كذا في النهاية قوله ويجوز ان يقال اطلق الاضمار بالنظر الى الجر والحذف بالنظر الى النصب قوله وكذا اذا قال الله في المختار احتراز عما روى عن ابي حنيفة انه لو قال الله على ان لا اكلم فلانا انها ليست بيمين الا ان ينوي لان الصيغة صيغة النذر وتحتمل معنى اليمين ولا اثر لتغيير الاعراب في المقسم به نصبا وجرا في منع صحة القسم لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب قوله قال ابو حنيفة ظاهر قوله والمنكر يراد به تحقيق الوعد ثم الفرق بين والحق وحقا بان المعرف اسم من اسمائه تعالى قال الله تعالى ولو اتبع الحق اهواءهم والحلف به متعارف فيكون يمينا واما المنكر فهو مصدر منصوب بفعل مقدر فكانه قال افعل هذا الفعل لا محالة وليس فيه معنى الحلف فضلا عن اليمين قوله ولو قال اقسم او اقسم بالله او احلف او احلف بالله ظاهر قوله اعترض بان اليمين ما كان حاملا على فعل شيء او تركه موجبا للبر وعند فواته يكون موجبا للكفارة على وجه الخلافة عن البر ثم قوله اقسم يكون موجبا

من البر شيئا بمجرده لانه لم يعقد يمينه على فعل شيء او تركه فكيف يكون يمينا ولان الكفارة انما يكون لستر
الذنب الذي وقع فيه بسبب هتك حرمة اسم الله وليس في اقسم مجردا هتك اسم الله فكيف يكون هو موجبا
للكفارة ولان قوله اقسم صيغة فعل مضارع فكما يكون هي للحال كذلك يكون للاستقبال فلو وجبت الكفارة
من حيث انها للحال لم يجب من حيث انها للاستقبال ولم يكن واجبة قبل هذا فلا يجب بالشك لا سيما في
حق الكفارة فانها ملحقة بالحدود حتى انها اذا اجتمعت تداخلت كالحدود واجيب بان الحق بقوله على يمين
وهو يوجب الكفارة ذكره في الذخيرة وغيرها ووجه ذلك ان كلمة على للايجاب واليمين لا توصف بالوجوب
وانما موجبه توصف بذلك وموجبه البر وهو غير ممكن هاهنا او خلفه وهو الكفارة فيجعل كلامه اقرارا
بالكفارة صونا للكلام عن الالغاء وكذلك قوله اقسم اخبار عن القسم في الحال وما ثمه قسم لانه عبارة
عن جملة انشائية تؤكد بها جملة اخرى كما تقدم ولم توجد منه شيء فيجعل اقرارا عن موجب اليمين بطريق
الخلافة واذا كان اقرارا بوجوب الكفارة لم يحتج الى وجوب البر ابتداء ولا الى تصور هتك اسم الله والى جعل
تلك الصيغة للاستقبال وهذا كما يرى يشير الى انه قال على يمين او اقسم ولم يزد على ذلك اما اذا قال اقسم لا افعل
كذا او على يمين ان افعل كذا لا يصح اقرارا فيجوز ان يقال قد تقدم ان اليمين عقد قوي به عزم الحالف على الفعل او
الترك وهو موجود والعادة قد جرت بالتيمن به قال الله تعالى اذا اقسموا ليصرمنها مصبحين وقال واقسموا
بالله جهد ايمانهم وقال يحلفون لكم لترضوا عنهم وقال يحلفون بالله لكم ليرضوكم وقال قالوا نشهد انك
لرسول الله وقال فشهادة احدهم اربع شهادات بالله فكما جاز ان يكون حرف القسم مضمرا جاز ان يكون المقسم به
ايضا كذلك وهو حجة على زفر في عدم جوازه بدون ذكر اسم الله ثم اختلف في النية اذا لم يذكر اسم الله فقيل
لا يحتاج اليها وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله **قال** وكذا قوله لعمر الله هذا اسقط
على اصل المسئلة وهو قوله اقسم لاطاخره والعمر بالفتح والضم البقاء الا ان الفتح غلب في القسم لا يجوز فيه الضم
قال في المبسوط لعمر الله يمين باعتبار المعنى قال الله تعالى لعمرك والعمر هو البقاء والبقاء من صفات الذات
فكانه قال والله الباقي وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين عند الكوفيين وقال البصريون معناه
والله وكلمة ايم صلة اي كلمة مستقلة كالواو والبحث في قطع همزتها ووصلها وغير ذلك وظيفة نحوية
وقوله والحلف بالقطعين يريد قوله لعمرك وايم الله متعارف يحلفون بهما في العادة ولم يرد نهي من الشرع فيكون
يمينا وقوله وكذا عهد الله وميثاقه ظاهر ومن قال على نذر او نذر الله ان لا افعل كذا كان يمينا لقوله صلى الله عليه وسلم
من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين ومن قال ان فعل كذا فهو يهودي او نصراني او كافر او مجوسي كان يمينا
لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره بجعله
يمينا كما تقول في تحريم الحلال وهذا جواب عمن قال انا بريء من الكعبة او النبي فانه يكون يمينا وان كان ذلك
كفرا لانه اعتقد ان البراءة عن ذلك واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره فكان يمينا وهذا هو

الموعود فيما تقدم وقد روي عن محمد انه اذا قال هو يهودي ان فعل كذا هو نصراني ان فعل كذا فهما يمينان
وان قال هو يهودي هو نصراني ان فعل كذا فهو يمين واحدة لان في الاول كل واحد من اللفظين تام
بذكر الشرط والجزاء وفي الثاني كلام واحد حين ذكر الشرط مرة واحدة وقوله ولو قال ذلك لشيء
فعله يعني لو حلف بهذا اللفظ على امر ماض فان كان عنده انه صادق فلا شيء عليه وان كان يعلم انه
كاذب فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل يعني كما لو حلف به على امر في المستقبل فانه في المستقبل
كان يمينا يكفر ولا يكفر الحالف لذلك اذا كان في الماضي وقيل هو قول محمد بن مقاتل يكفر لانه علق الكفر
بما هو موجود والتعليق بالموجود تنجيز فكانه قال هو يهودي قال في النهاية والصحيح انه ان كان عالما
يعرف انه يمين فانه لا يكفر به في الماضي والمستقبل وان كان جاهلا او عنده انه يكفر بالحلف يكفر في
الماضي والمستقبل لانه لما اقدم على ذلك وعنده انه يكفر فقد رضي بالكفر وقوله لان حرمة هذه الاشياء
تحتمل النسخ والتبديل قال في النهاية اما الزنا والسرقة فانهما لا يحتملان النسخ ولكن ذلك
الفعل المقصود بالزنا والعين المقصود بالسرقة بعينه جاز ان يكون حلالا له بوجه النكاح وملك
اليمين سمي احتمال انتقالهما من الحرمة الى الحل بالسبب الشرعي نسخا وتبديلا واما الخمر والربوا
فيحتملان النسخ اما الخمر فظاهر فانها كانت حلالا ثم انتسخ واما الربوا فيحتمل النسخ في نفسه
وان لم يرد النسخ في حقنا لانه يرى انه يحل في دار الحرب فاذا كان كذلك لم يكن حرمة هذه الاشياء
في معنى حرمة اسم الله تعالى لان حرمته لا يحل في حال فلا يتحقق اليمين بذكر هذه الاشياء ولانه ليس بمتعارف
فلا يكون يمينا **فصل في الكفارة** لما فرغ من بيان الموجب شرع في بيان الموجب لكن
هي موجب اليمين عند الانقلاب لان اليمين لم يشرع للكفارة بل ينقلب موجبه لها عند انتقاضها
بالحنث وكلامه واضح وكون الواجب احد الاشياء على التخيير او واحدا معينا عند الله وان كان مجهولا
عندنا وعدم حمل الشافعي المطلق على المقيد على ما هو من مذهبه وغير ذلك مقرر في التقرير فليطلب ثمه
وقوله وهو الصحيح احتراز عما روي في نوادر ابن سماعة انه يجوز وفي رواية اخرى ان اعطى السراويل
المراة لا يجوز وان اعطى الرجل يجوز لان المعتبر رد العري والعري بقدر ما يجوز به الصلوة لان
ستر العورة فرض لا يجوز الصلوة بدونها ما زاد عليه ففضل تصير للتجمل او للتدفؤ فلا يواخذ
عليه في الكسوة كما لا يواخذ عليه الادام في الطعام وقوله لكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن
الطعام باعتبار القيمة يعني لو اعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزه من الكسوة لان الاكتساء لم يحصل
ولكنه يجزيه من الطعام اذا كان نصف ثوب يساوي نصف صاع من حنطة وكذلك لو اعطى عشرة مساكين
ثوبا بينهم وهو ثوب كثير القيمة يصيب كل منهم اكثر من قيمة ثوب لم يجزه من الكسوة لانه لا يكتسي
كل واحد منهم ولكن يجزيه من الطعام وهل يشترط النية اولا ذكر شيخ الاسلام في ظاهر الرواية

يجزيه نوى ان يكون بدلا عن الطعام او لم ينو وعن ابي يوسف رحمه الله اذا نوى ان يكون بدلا عن الطعام
يجزيه عن الطعام وان لم ينو لم يجزه وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي يجزيه بالمال
لانه اداها بعد السبب وهو اليمين لانها تضاف الى اليمين يقال كفارة اليمين والواجبات تضاف الى اسبابها
حقيقة والاداء بعد السبب جائز لا محالة فاشبها التكفير بعد الجرح ولنا ان الكفارة لستر الجناية
والجناية ههنا لانها تحصل بهتك حرمة اسم الله تعالى بالحنث وقوله واليمين ليست لسبب
جواب عن قوله لانه اداها بعد السبب وهو اليمين ووجهه ان السبب ما يكون مفضيا واليمين
غير مفض الى الكفارة لانها تجب بعد نقضها بالحنث وانما اضيفت اليها لانها تجب بحنث بعد اليمين
كما تضاف الكفارة الى الصوم بخلاف الجرح لانه مفض الى الموت وقوله ثم لا يسترد من المسكين قيل هو
معطوف على قوله لم يجزه يعني وان لم يقع كفارة اذا دفع الى المسكين قبل الحنث لكن لا يسترد منه
لانه قصد شيئين ستر الجناية وحصول الثواب ولم يحصل الاول لعدم الجناية فيحصل الثاني فيكون
قربة فتصير صدقة ولا رجوع فيها ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي ولا يكلم اباه او ليقتلن
فلانا ينبغي ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا
منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه معناه من حلف على مقسم عليه من فعل او ترك لان
اليمين مركبة من مقسم به وهو بالله ومقسم عليه وهو قوله لا فعلن او لا افعل فكان من باب ذكر الكل
وارادة البعض وفي وجه الاستدلال به نظر لانه قال ورأى غيرها خيرا منها فالمدعى مطلق والدليل
مشروط برؤية غيره خيرا والجواب ان حال المسلم يقتضي ان يرى ترك المعصية خيرا منها فيجعل
الشرط موجودا نظرا الى حاله وقوله ولان فيما قلنا اداء الكفارة بعد الحنث تفويت البر الى جابر وهو
والجابر هو الكفارة والفوات الى جابر كلا فوات ويكون المعصية الحاصلة بتفويت البر كلا معصية
لوجود الجابر واما اذا اتى بالبر وهو ترك الصلوة وقطع الكلام عن الاب وقتل فلان بغير حق
يحصل المعصية بلا جابر لها فيكون المعصية قائمة لا محالة فلهذا قلنا يحنث نفسه ويكفر عن
يمينه وكلا الوجهين صحيح والثاني انسب وان حلف الكافر ثم حنث في حال كفره او بعد اسلامه فلا
حنث اي لا كفارة عليه وقال مالك والشافعي رحمهما الله يكفر بالمال لان اليمين تعقد للبر وهو من اهله
لانه انما يتحقق ممن يعتقد تعظيم حرمة اسم الله وهو يعتقد ذلك فكان اعتقاده يحمله على البر
ولهذا استحلف في الدعاوى والخصومات انه ليس باهل لليمين لانها تعقد لتعظيم الله ومع الكفر
لا يكون معظما اذ الكفر اهانة واستخفاف بالخالق وهو ينافي التعظيم ولا هو اهل للكفارة لانها عبادة بخلاف
الاستحلاف في الدعاوى والخصومات فان المقصود منه ظهور حق المدعي بالنكول او الاقرار والكفر لا
ينافي ذلك قال ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه مثل ان يقول

حرمت على نفسي ثوبي هذا او طعامي هذا لم يصر محرما لعينه وعليه ان استباحه اي ان فعل شيئا مما حرمه قليلا
او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وقال الشافعي رحمه الله لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب المشروع وقلب
المشروع لا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين كعكسه وهو تحليل الحرام ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات
الحرمة فاما ان يثبت به حرمة بعينها وهو غير جائز لانه قلب المشروع كما ذكرتم او لغيره باثبات
موجب اليمين وفيه اعمال اللفظ والمصير الى اعمال اللفظ عند الامكان واجب فيصار اليه وبهذا التقرير
يندفع ما قيل ان بين قوله لم يصر محرما وبين قوله وعليه ان استباحه تنافيا لان الاستباحة انما تستعمل
فيما كان ثم تحريم وقوله لم يصر محرما ينافيه وذلك لان قوله لم يصر محرما معناه محرما لعينه وقوله
ان استباحه اشارة الى الحرمة لغيره وعورض بان اليمين اما ان يذكر مقسم به وهو عند ذكر اسم من اسماء
الله او صفة من صفاته كما تقدم او بان يذكر شرط وجزاء وليس شيء منهما بموجود فكيف صار يمينا و
اجيب بسقوطها بقوله تعالى قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم بعد قوله لم تحرم ما احل الله لك في تحريم العسل او
تحريم مارية اطلق الايمان على تحريم الحلال وفرض تحلة الايمان والرأي لا يعارض النصوص السمعية
ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك والقياس ان يحنث كما فرغ لان
قوله هذا في قوة ان يقال والله لا افعل فعلا حلالا وقد فعل فعلا حلالا وهو التنفس وفتح العينين فيحنث
وهو قول زفر وجه الاستحسان ان اليمين تعقد للبر وهو لا يحصل مع اعتبار العموم لامتناع ان لا يتنفس
ولا يفتح العينين فيعلم بدلالة الحال عدم ارادة العموم فيصار الى اخص الخصوص وهو الطعام والشراب
للعرف فان العادة جارية باستعماله في المتناولات واذا لم يكن العموم مرادا لا يتناول المرأة الا بالنية
واذا نواها كان ايلاء لما بينا ان هذا الكلام يمين فيكون معناه والله لا اقربك وهو من صور الايلاء و
هذا جواب ظاهر الرواية ومشايخ بلخ كابي بكر الاسكاف وابي بكر بن ابي سعيد والفقيه ابي جعفر
وبعض مشايخ سمرقند قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى وقوله وكذا
ينبغي ظاهر ولم يذكر ما لو قال هرچه بدست چپ گيرم بروى حرام وقد قيل لا يقع به الطلاق وان
نوى ولو قال هرچه بدست گيرم كان طلاقا قيل يقع به الطلاق الطلاق وان لم ينو وقيل لا يقع الا بالنية
ومن نذر نذرا مطلقا مثل ان قال لله علي صوم سنة ولم يعلقه بشيء فعليه الوفاء بقوله صلى الله عليه وسلم
من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وان علق النذر بشرط سواء كان شرطا اراد كونه او لم يرد فوجد الشرط
فعليه الوفاء بنفس النذر ولا ينفعه كفارة اليمين لاطلاق الحديث فانه لم يفصل بين كون النذر مطلقا
او معلقا بشرط ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده ولو نجز النذر عند وجود الشرط لم يجزه الكفارة
فكذا ههنا وعن ابي حنيفة رحمه الله انه رجع عنه اي عن تعيين الوفاء بنفس النذر الى القول بالتخيير بين
كفارة اليمين وبين الوفاء بذلك وقال اذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة او صوم شهر او صدقة ما املكه اجزاه

من ذلك كفارة وهو قول محمد ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى ايضا حتى لو كان معسرا كان مخيرا
بين ان يصوم ثلثة ايام وان يصوم شهرا وهذا مروى عن ابى حنيفة فى النوادر ووجهه ما روى
فى السنن مسندا الى عقبة بن عامر رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كفارة النذر كفارة
اليمين قالوا هذا اذا كان شرطا لا يريد كونه لان بين الحديثين كما ترى تعارضا فحملوا الحديث الاول على النذر
المرسل وعلى معين لا يريد الحالف كونه والثانى على معلق لا يريد كونه جمعا بين الاثار والمعنى الفقهى فى ذلك
ان فى الشرط الذى لا يريد كونه كلامه يشتمل على معنى النذر واليمين جميعا اما معنى النذر فظاهر واما
معنى اليمين فلانه قصد به المنع عن ايجاد الشرط فيتخير ويميل الى اى الجهتين شاء والتخيير بين
القليل والكثير فى الجنس الواحد باعتبار معنيين مختلفين جايز كالعبد اذا اذن له مولاه بالجمعة فانه
مخير بين اداء الجمعة ركعتين وبين اداء الظهر اربعا والنذر واليمين معنيان مختلفان لان النذر قربة
مقصودة واجب لعينه واليمين مقصودة واجب لغيره وهو صيانة حرمة اسم الله تعالى بخلاف
ما اذا كان شرطا يريد به كونه كقوله ان شفى الله مريضى لا نعلم معنى اليمين فيه وهو المنع لان
قصده اظهار الرغبة فيما جعله شرطا قال المصنف وهذا التفصيل اى الذى ذكرنا بين شرط لا يريد
كونه وبين شرط يريده هو الصحيح وفيه نظر لانه ان اراد صحته من حيث الرواية فليس بصحيح لانه
غير ظاهر الرواية وان اراد صحتها فيه من حيث الدراية لدفع التعارض فالدفع ممكن من حيث حمل احدهما
على المرسل والاخر على المعلق من غير تفرقة بين ما يريد كونه وما لا يريد كونه على ان فيه ايماء الى التفصيل فى
الذهاب الى خلاف ظاهر الرواية ومن حلف على يمين اى على مقسم عليه من فعل او ترك وقال ان شاء الله متصلا بيمينه
فلا حنث عليه لقوله صلى الله عليه من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد بر فى يمينه رواه ابن مسعود وابن
عباس وابن عمر رضى الله عنهم وقوله عليه السلم فقد بر فى يمينه معناه لا يحنث بل العدم انعقاد اليمين وقوله
الا انه لا بد من الاتصال استثناء من قوله فلا حنث عليه لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع فى اليمين فان
قلت هذا تعليل فى مقابلة النص فان الحديث باطلاقه لا يفصل بين المنفصل والمتصل قلت الدلايل
الدالة من النصوص وغيرها على لزوم العقود هى التى توجب الاتصال فان جواز الاستثناء منفصلا
يفضى الى اخراج العقود كلها من البيوع والانكحة وغيرها من ان يكون ملزمة وفى ذلك من الفساد
ما لا يخفى وهذا التعليل يوافق تلك الادلة فيحمل حديث الاستثناء على الاتصال توفيقا بين الادلة
وقد روى عن ابن عباس جواز الاستثناء منفصلا وفيما ذكرناه **باب اليمين فى الدخول
والسكنى** لما كان انعقاد اليمين على فعل شىء وتركه لم يكن بد من ذكر انواع الافعال الواردة فى
اليمين فذكرها فى ابواب وقدم الدخول والسكنى وغيرها من الاكل والشرب ونحوها لان اول
ما يحتاج اليه الانسان الذى يتحقق منه اليمين بعد وجوده مسكن يدخل فيه ويسكنه ثم يتوارد عليه

سابر

ساير الافعال من الاكل وغيره واليه وقعت الاشارة فى قوله تعالى يا ايها الناس اعبدوا ربكم الذى
خلقكم والذين من قبلكم لعلكم تتقون الذى جعل لكم الارض فراشا والسماء بناء الاية والدخول عبارة
عن الانتقال من الظاهر الى الباطن والسكنى عبارة عن الكون فى مكان على سبيل الاستقرار
مبيتا باهله وقوله ومن حلف لا يدخل بيتا ظاهر والبيعة متعبد النصارى والكنيسة
لليهود وقوله لان البيت ما اعد للبيتوتة وهذه البقاع ما اعدت لها اعترض عليه بان الله
تعالى سمى الكعبة بيتا فقال ان اول بيت وضع للناس وسمى المساجد بيوتا بقوله فى بيوت اذن الله
واجيب بان الايمان مبناها على العرف لا على الفاظ القران الا يرى ان الله تعالى سمى بيت العنكبوت بيتا
ومطلق اسم البيت فى اليمين لا يتناوله واستشكل بما قال فى الفوايد الظهيرية اذا حلف لا يهدم
بيتا فهدم بيت العنكبوت حنث وسيجى الجواب ان شاء الله تعالى وكذا اذا دخل دهليزا او ظلة
باب الدار قال فى المغرب ظلة الدار هى السدة التى فوق الباب وقول المصنف والظلة يكون على
السكة اراد بها الساباط الذى يكون على باب الدار ولا يكون فوقه بناء وانما لم يحنث لانه لا يطلق
عليه اسم البيت ولعدم البيتوتة فيه وكذلك اذا كان فوقه بناء الا ان مفتحه الى الطريق لا يحنث
اذا كان عقد يمينه على بيت شخص بعينه لانه ليس من جملة بيته وقوله وقيل اذا كان الدهليز
ظاهرا وان دخل صفة حنث لانها تبنى للبيتوتة فيها فى بعض الاوقات فصار كالشتوى والصيفى
الذى تبنى للبيتوتة فيه شتاء وصيفا وقيل هذا اذا كانت الصفة ذات حوايط اربعة وهكذا
كانت صفافهم اى صفاف اهل الكوفة ذكر عن ابى خازم القاضى انه قال اشكلت على حتى دخلت
الكوفة فرايت صفافهم مبيتوتة فعلمت ان الايمان وضعها على تعارفهم وقيل الجواب مجرى على اطلاقه
يعنى سواء كانت حوايط اربعة او ثلاثة هو الصحيح دون الحمل على عرفهم لان البيت اسم لمبنى
مسقف مدخله من جانب واحد للبيتوتة وهذا المعنى موجود فى الصفة الا ان مدخلها اوسع
فيتناولها اسم البيت فيحنث ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل
هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند العرب و
العجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت اشعار العرب بذلك فمنها ما قال لبيد عفت
الديار محلها فمقامها بمنى تابد غولها فرجامها عفا يعفو متعد ولازم وههنا لازم تابد المنزل
اى اقفر والفته الوحوش والغول والرجام موضعان يقول عفت ديار الاحباب ما كان منها للحلول
وما كان منها للاقامة وهذه الديار كانت بمنى فقد توحشت الديار الغولية والرجامية وقال
قائلهم الدار دار وان زالت حوايطها والبيت ليس ببيت بعد تهديم وهذا ظاهر وقوله والوصف
فيها لغو لان الوصف فى الحاضر لغو وفى الغايب معتبر لما ذكر فى الاصول ان المحلوف عليه لا بد وان يكون معلوما

وان لم يكن له اهل
فبالاقامة اى ذلك المكان
يوما او اكثر ع

والبناء ع

فاذا كانت مشارا اليها كان المحلوف عليه معلوما فلا حاجة الى معرف بخلاف فانه لا معرف له سوى
الوصف فيكون كذا واعترض بوجهين احدهما ان الصفة لو كانت معتبرة في المنكر لما وقع الشراء
للموكل اذا وكل رجلا بشراء دار فاشترى دارا خربة لانها وهذا نقض اجمالي والثاني ان البناء
لا يخلو اما ان يكون داخلا في المسمى او لم يكن فان كان داخلا وجب ان لا يختلف الحال بالغيبة
والحضور في الدخول كالعرصة وان لم يكن داخلا وجب ان لا يختلف الحال ايضا في عدم الدخول كما اذا
حلف لا يكلم رجلا لا يتقيد عينه برجل قاعد عالم الى غير ذلك من الصفات الخارجة عنه وهذه معارضة
واجيب عن الاول بان الدار في الوكالة تعرفت بوجه لان التوكيل بشرائها انما يصح عند بيان الثمن و
المحلة وليست في اليمين كذلك فلا يلزم من صحة انعقادها الوكالة صحة انعقاد اليمين بلا صفة وعن
الثاني بان البناء صفة متعينة للدار فجاز ان يكون مرادا بحكم العرف لتعينه وفي الرجال التراجم
في الصفات ثابت من العلم والعقل والقدرة والصناعة والحسن والجمال وهذه الصفات باسرها لا
تمتنع ارادتها عادة وليس البعض اولى من البعض في الارادة فيمتنع الالحاق اصلا كذا في النهاية
محالا على الفوايد الظهيرية ورد بان البناء ضد الخراب فكان الدار محل توارد هما فكيف صار البناء صفة
متعينة فهو في حيز النزاع واقول في جواب المعارضة المذكور من التقسيم غير حاصر لجواز ان
يكون داخلا في المنكر لاحتياجه الى التعريف غير داخل في المعرف لاستغنائه عنه ولو حلف لا يدخل
هذه الدار فخربت ثم بنيت اخرى فدخلها حنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام وان
جعلت مسجدا او حماما او بستانا او بيتا فدخله لم يحنث لاعتراض اسم اخر عليه ومرضوره حدوث
هذا الاسم زوال ذلك الاسم واليمين قد انعقدت لما سمي دارا ولم يبق وقوله وكذا اذا دخله
بعد انهدام الحمام ظاهر قال وان حلف لا يدخل هذا البيت وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله
بعدما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت فانه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان
وسقط السقف حنث لبقاء الاسم قال الله فتلك بيوتهم خاوية في بيوت منهدمة السقوف
ولانه يبات فيه فكان السقف وصفا فيه وكذا اذا بنى بيتا اخر فدخله لان الاسم لم يبق بعد
الانهدام وانه صار بيتا بسبب حادث واختلاف السبب يوجب اختلاف العين فلا يكون داخلا
في البيت المحلوف عليه فلا يحنث كذا في الخروج ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها بالصعود
اليه من خارج حنث لان السطح من الدار لان الدار عبارة عما احاط به الدائرة وهو حاصل في
علوها وسفلها الا يرى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد ولا يجوز للجنب و
الحايض الوقوف عليه ولا يظن ان السقف من البناء فيتوهم التناقض بين كلاميه لانه قال من قبل
والبناء وصف فيها وقيل اذا وقع على السطح لا يحنث في عرفنا قال الفقيه ابو الليث في النوازل ان كان

الحالف من بلاد العجم لا يحنث ما لم يدخل الدار لان الناس لا يعرفون ذلك دخولا وكذا اذا دخل
دهليزها يحنث ذكره القدوري مطلقا وقال المصنف ويجب ان يكون على التفصيل الذي تقدم
يعني به قوله اذا اغلق الباب بقي داخلا وهو مسقف وقوله وان وقف في طاق الباب ظاهر وقوله وجه الا
ستحسان تقريره القول بالموجب يعني سلمنا ان للدوام حكم الابتداء لكن فيما له دوام والدخول
لا دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل وليس له دوام واطلاق الانتقال على الانفصال اولى
لكونه حركة انية تسمى بعلة وقوله ولو حلف لا يلبس هذا الثوب ظاهر وقول زفر قياس وقولهم
استحسان وحاصل كلامهم ان الافعال على ضربين ضرب يقبل الامتداد وضرب لا يقبله و
الفاصل بينهما قبول التاقيت وعدمه فما قبل التاقيت قبل الامتداد وما لا فلا والاستدامة
على الممتد بمنزلة الانشاء قال الله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين اي فلا
تمكث قاعدا لانه صلى الله عليه كان يعظ الناس قاعدا وعلى هذا قالوا اذا قال لامراته ان ركبت
فانت طالق فمكثت ساعة يمكنها النزول فيها طلقت اخرى لان للدوام حكم الابتداء وكلمة
كلما تعم الافعال فيتكرر الجزاء بتكرر الشرط ونوقض بما لو قال كلما ركبت دابة فعلي ان اتصدق
بدرهم فركب دابة فعليه درهم وان طال مكثه في الركوب ولو كان ما ذكرتم صحيحا للزم اكثر
من ذلك واجيب بان الاستدامة فيما تمتد بمنزلة الانشاء اذا لم يكن الانشاء الخالص مرادا
ولهذا قلنا في هذا الفصل اذا كان راكبا وقت اليمين لزمه في كل وقت يمكنه النزول والركوب
درهم لكون الانشاء الخالص غير مراد وانما قال يعني المدة والتوقيت احترازا عما يقال في
مجاري كلامهم دخلت يوما وخرجت يوما ولكن لا يعني المدة والتوقيت وقوله ولو نوى الابتداء
الخالص يصدق لانه نوى محتمل كلامه سماه محتملا وان كان قوله لا اركب حقيقة في الابتداء لانه
حقيقة فيهما اذا لم يكن راكبا واما اذا كان راكبا فالابتداء من محتملاته وقوله ومن حلف لا يسكن
هذه الدار يعني وهو متاهل بدليل قوله فخرج ومتاعه واهله فيها وفيه اشارة الى انه لو لم
يكن متاهلا بل هو ممن يعوله غيره فخرج بنفسه والمتاهل اذا حلف فاما ان حلف على الدار
او المصر او القرية فان كان الاول فلا بد من نقل اهله ومتاعه وان كان الثاني يكتفي بنقله
الى مصر اخر على ما روي عن ابي يوسف وان كان الثالث فقد اختلف المشايخ فيه فحملها بعضهم
على الدار وبعضهم على المصر وهو الصحيح والحاكم في ذلك العرف ليس الا ثم اختلفوا في كيفية
النقل على ما ذكرتم في الكتاب فاعترض على قول ابي حنيفة رحمه الله بان سكناه كان بجميع ما
كان معه من الاهل والمتاع فاذا خرج بعضه انتفى سكناه لان الكل ينتفي بانتفاء البعض
واجيب بان الكل ينتفي بانتفاء حقيقي لا اعتباري وما ذكرتم ليس كذلك وينبغي ان ينتقل الى منزل

آخر بلا تاخير حتى بر وقال في الشافي ان لم يمكنه النقل من ساعته لعذر الليل او بمنع ذي السلطان او عدم موضع آخر ينتقل اليه لم يحنث لان حالة الضرورة مستثناة خلافا لزفر وكذا لو سد عليه الباب فلم يقدر على النقلة او كان شيخا او ضعيفا لا يقدر على نقل المتاع بنفسه ولم يجد احدا ينقلها لم يحنث حتى يجد من ينقلها ويلحق الموجود بالمعدوم للعذر ونوقض بما ذكره الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل ان من قال ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فامراته طالق فقيد ومنع من الخروج يحنث وكذا لو قال لامراته وهي في منزل والدها ان لم تحضري الليلة منزلي فانت طالق فمنعها الوالد عن الحضور يحنث واجيب بان في مسئلة الكتاب شرط الحنث السكنى وانه فعل وجودي لا يحصل بدون الاختيار ولا يحصل الاختيار مع وجود المانع المذكورة واما في صورة النقض فشرط الحنث عدم الخروج والعدم لا يحتاج الى اختيار فان انتقل الى السكة او المسجد قالوا لا يبر وقيل يبر لانه لم يبق ساكنا دليل الاول ما ذكره في الزيادات ان من خرج بعياله من مصر فالم يتخذ وطنا آخر يبقى وطنه الاول في حق الصلوة هكذا وصورته كوفي نقل عياله الى مكة ليتوطن بها فلما دخلها وتوطن بها بدا له ان يرجع الى خراسان فمر بالكوفة فانه يصلي بها ركعتين لان وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة وان بدا له في الطريق قبل ان يدخل مكة ان لا يستوطن بمكة ويرجع الى خراسان فمر بالكوفة فانه يصلي بالكوفة اربعا لان وطنه بالكوفة قائم ما لم يتخذ وطنا آخر فكذا هذا وفي بعض الشروح قوله قالوا لا يبر معناه اذا لم يكن في طلب مسكن آخر اما اذا كان وبقي على ذلك اياما فلا يحنث في الصحيح وان لم ينتقل الى السكة او المسجد لانه لا يمكنه طرح الامتعة في السكة فيصير ذلك القدر مستثنى للضرورة

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

ذكر الخروج هنا ظاهر التناسب لان له مناسبة المضادة بالدخول واما الاتيان والركوب فهما يتحقق بعد الخروج فاستصحبه ذكر الخروج قوله ومن حلف لا يخرج من المسجد ظاهر وكذلك الحكم في الدار والبيت قوله ولو اخرج مكرها صورته ان يحمله انسان فيخرجه مكرها لا يحنث اذ لم يوجد الفعل لا حقيقة ولا حكما واما اذا هدده غيره فخرج خوفا من المكره يحنث لوجود الفعل منه ثم هل تنحل اليمين اذا حمل مكرها قيل تنحل كما لو حلف لا يدخل دار فلان فهبت به الريح والقته فيها لم يحنث وتنحل اليمين وقيل لا تنحل وهو الصحيح قوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ فانهم قالوا انه يحنث لانه لما كان متمكنا من الامتناع فلم يمتنع صار كالآمر بالاخراج قوله والمضي بعد ذلك ليس بخروج يعني ان الخروج عبارة عن الانتقال من الداخل الى الخارج ولم يوجد قوله ومن حلف لا يخرج الى مكة ههنا ثلث الفاظ الخروج والاتيان والذهاب والاول شرط الحنث به الانفصال بمجاوزة عمران مصره قاصدا لذلك دون الوصول قال الله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله واراد به الا

الانفصال والثاني شرطه الوصول قال الله تعالى فاتيا فرعون فاذا وصل حنث سواء كان قاصدا او لم يكن والثالث اختلف فيه المشايخ قال نصير بن يحيى هو بمنزلة الاتيان لقوله تعالى اذهبا الى فرعون والمراد به الاتيان وقال محمد بن سلمة هو بمنزلة الخروج قال الله تعالى انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس اهل البيت والاذهاب الازالة فيكون الذهاب زوالا فلا يشترط فيه الوصول قال المصنف وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال ولو حلف لياتينه غدا ان استطاع فهو على استطاعة الصحة دون القدرة اعلم ان الاستطاعة تطلق على معنيين احدهما صحة الاسباب والالات قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وفسر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالزاد والراحلة والثاني القدرة الحقيقية وهي نوع حدث يترتب عليها الفعل عند ارادته ارادة جازمة يخلقها الله تعالى عند الفعل لا قبله عندنا قال الله تعالى ما كانوا يستطيعون السمع اذا عرفت هذا ففيما نحن فيه كلامه ينصرف الى الاول لانه هو المتعارف وان عنى الثاني وقد عبر عنه باستطاعة القضاء صدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى اي اراد حقيقة كلامه وقيل يصدق قضاء ايضا لما بينا انه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصح قضاء لانه خلاف الظاهر لما بينا ان الاول هو المتعارف وفيه تخفيف على نفسه ولو حلف لا يخرج امراته الا باذنه احتاج الى الاذن لكل خرجة حتى لو اذن لها مرة فخرجت بلا اذن حنث لان المستثنى خروج مقرون بالاذن لان تقديره والله لا يخرج الا خروجا ملصقا باذني لان الباء للالصاق فيقتضي ملصقا به فيكون ما وراءه اي ما وراء المستثنى داخلا تحت الحظر العام ولو نوى الاذن مرة صدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر لكونه مخالفا لمقتضى الباء لو قال الا ان اذن لك كفى اذن واحد لما ذكر في الكتاب واعترض عليه بقوله تعالى لا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم وكان تكرار الاذن لازما واجيب بان ذلك بدليل خارج وهو قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي وتمام التقرير قد ذكرناه في الانوار والتقرير ومعنا قوله لان هذه كلمة غاية كلمة تفيد معنى الغاية لان الا ان ليس موضوعا لها بل كلمة استثناء وتعذر حمله عليه لان صدر الكلام ليس من جنس الاذن حتى يستثنى الاذن منه فيجعل مجازا عن حتى للمناسبة بينهما وهو ان حكم ما قبل الغاية يخالف ما بعدها كما ان حكم ما قبل الاستثناء يخالف حكم ما بعده قال ولو ارادت المراة الخروج صورة المسئلة ظاهرة وتسمى هذه اليمين يمين فور وهو في الاصل مصدر فارت القدر اذا غلت فاستعير للسرعة ثم سميت به الحالة التي لا ريث فيها ولا لبث وقيل جاء فلان وخرج فلان من فوره اي من ساعته وتفرد ابو حنيفة باظهاره اي باستنباطه وكان الناس قبله يقولون اليمين نوعين مؤبدة وموقتة لفظا ثم استنبط ابو حنيفة رحمه الله هذا النوع الثالث وهو المؤبد لفظا والموقت معنى وقد اخذه من حديث جابر رضي الله عنه وابنه حين دعيا الى نصرة رجل فحلفا ان لا

ثم نصراه فلم يحنثا واعتبر في ذلك العرف فان الحالف في العادة تقصد بهذا اللفظ منعها عن الخرجة التي
تهيات لها من الخروج على التابيد فاذا عادت فقد تركت تلك الخرجة واتمت اليمين فلا يحنث بعد
ذلك وان خرجت والفرق له اعتبار في باب الايمان وعلى هذا لو اراد الرجل ضرب عبده فقال الاخر ان
ضربته فعبدي حر يتقيد بتلك الضربة وعلى هذا اذا قال لرجل اجلس تغد عندي فقال ان تغديت
فعبدي حر وكلامه ظاهر ولو قال ان تغديت اليوم يحمل مبتديا لانه زاد على مقدار الجواب ففي تطبيقه
على السوال الغاء الزيادة فان قيل الزيادة لا تنفي كونه جوابا للسوال الا يرى الى قوله تعالى هي عصاي
اتوكأ عليها واهش على غنمي ولي فيها مآرب اخرى في جواب قوله وما تلك بيمينك يا موسى كيف زاد على مقدار
الجواب وهو ان تقول عصا ولم يخرج عن كونه جوابا اجيب بان كلمة ما تستعمل للسوال عن الذات
والسوال عن الصفات وحينئذ فقد في هذا السوال اشتبه على موسى ان السوال وقع عن الذات او الصفة
فجمع بينهما ليكون مجيبا على كل حال قال صاحب النهاية الى هذا اشار في الفوايد الظهيرية وفيه نظر لان
اهل البلاغة قالوا ان ما يسأل بها عن وصف العقلاء والعصا لم يكن عاقلا سلمنا ولكن الافعال
المسندة الى موسى عم لا تكون اوصافا ولئن كانت لا تكون اوصافا للعصا فالقول الزيادة على حرف
الجواب لا يصرفه عن كونه جوابا البتة وانما يجعل كلاما مبتدا اذا كان ثم صارف يمكن حمله عليه على الابتداء
كما في المسئلة وليس في الآية ذلك فلم يصرف عن كونه جوابا يلوح الى هذا قوله فيجعل مبتدا وقوله ومن حلف
لا يركب دابة فلان الدابة في اللغة كل ما يدب من الحيوانات اي يتحرك ماشيا على وجه الارض قال الله تعالى وما من
دابة في الارض الا على الله رزقها ويتعلق الركوب بها تعين ما يركب عندنا مرادا كالفرس والبغل والبعير
الحمار والبقر والجاموس والفيل في العطن واستحسن العلماء في عقد اليمين على ما يركب في غالب البلدان
وهو الخيل والبغال والحمير اخذا من قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها ذكر منفعة الركوب في هذه
الانواع الثلثة فاما في الانعام فقد ذكر منفعة الاكل بقوله تعالى والانعام خلقها لكم الاية وبالعرف فانه اذا
قيل ركب فلان دابة لم يفهم منه احد انه ركب البقر والفيل وان كان يركب في بلاد الهند الا اذا نوى جميع
ذلك فيكون على ما نوى لانه نوى حقيقة كلامه وفيه تشديد عليه واذا عرف هذا فمن حلف لا يركب دابة فلان
فركب دابة عبد ماذون له مدبون لم يحنث عند ابي حنيفة رحمه الله هذا اذا لم ينو فاما اذا نوى ركوب دابة
العبد فيحنث الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى لانه لا ملك للمولى فيه عنده اي فيما ملكه
العبد المدبون عند ابي حنيفة حتى لو اعتق عبدا من عبيده لا يعتق وتلخيص ما ذكرنا المستثنى منه في قوله الا انه
اذا كان عليه دين وهو المقدر الذي اظهرناه وان كان الدين غير مستغرق او لم يكن عليه دين لا يحنث
ما لم ينوه لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا حيث يقال دابة عبد فلان ولم يقل دابة فلان وشرعا
قال صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فالمال لمولاه فيختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية وقال ابو يوسف

لا يضر بيان

ذكره

او بغير مدبون

لو

رحمه الله يحنث في الوجوه كلها وهي ما اذا لم يكن عليه دين او كان عليه دين غير مستغرق او دين مستغرق
اذا نوى ووجه ذلك ان دين العبد وان كان لا يمنع وقوع الملك للمولى عنده الا انه يضاف الى العبد فيختل
الاضافة الى المولى فلا يدخل تحت مطلق الاضافة الا بالنية وقال محمد رحمه الله يحنث في الوجوه كلها وان
لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عندهما والله اعلم

باب اليمين في الاكل والشرب

قد ذكرنا ان اول ما يحتاج اليه الانسان المسكن ثم الاكل والشرب وهذا الباب لبيان
اليمين عليهما واعلم ان ما يصل الى الجوف الانسان لا يخلو عن اربعة اوجه ماكول ومشروب وممصوص وملعوق
فالماكول ما يتاتي فيه المضغ والهشم لا الممضوغ حتى لو ابتلع ما يتاتي فيه المضغ من غير مضغ يسمى كلا
والمشروب ما لا يتاتي فيه ذلك فلو حلف لا ياكل لبنا فشربه لم يحنث ولو حلف لا يشربه فثرد فيه
واكل لم يحنث والممصوص هو ما يحصل بعلاج اللهاة فلو حلف لا ياكل عنبا او رمانا فمصه ورمى و
ابتلع ماءه لم يحنث لا في الاكل ولا في الشرب والملعوق هو ما يتناول ما لحس بالاصبع والشفاه اذا
عرف هذا رجعنا الى ما في الكتاب فقوله فهو على ثمرها يعني اذا كانت لها ثمرة واما اذا لم يكن فاليمين
يقع على ثمنها لانه اضاف اليمين الى ما لا يوكل فيصرف الى ما يخرج منه لان الحقيقة اذا تعذرت يصار الى
المجاز وما يخرج منه صالح لكونه مجازا لانه اي ما لا يوكل سبب له اي لما يخرج منه وذكر السبب وارادة
المسبب مجاز شايع لكن يشترط ان لا يتغير بصنعة جديدة لان ما يصنع من ذلك ليس بثمر فلا
يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ وقيد وان كان الدبس لا يكون الا مطبوخا احترازا عما اذا
اطلق اسم الدبس على ما يسيل من الرطب كما ذكره في بعض المواضع من الذخيرة وغيره وقوله ومن
حلف لا ياكل من هذا البسر ظاهر وكلامه يشير الى قاعدة هي ان اليمين اذا انعقدت على عين بوصف
يدعو ذلك الى اليمين تقيد اليمين بقاء ذلك الوصف فينزل منزلة الاسم فلذلك لا يحنث من حلف لا
ياكل من هذا البسر او الرطب او اللبن فتغير ذلك الوصف بصيرورة البسر رطبا والرطب تمرا و
اللبن شيرازا وهو الذي استخرج ماؤه فصار كالفالوذج الحاثر فان قيل فعلى هذا اذا حلف لا يكلم
هذا الصبي او هذا الشاب فكلمه بعدما شاخ ينبغي ان لا يحنث لان الصبي مظنة السفه والشباب شعبة من
الجنون فكانا وصفين داعيين الى اليمين وقد زالا عند الشيخوخة فكان الواجب ان لا يحنث اجاب
بقوله وهذا بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي الى اخره ووجهه ان القاعدة المذكورة تقتضي ذلك لكن
الشرع اسقط اعتبارهما لانه نهى عن هجران المسلم بمنع الكلام قال صلى الله عليه وسلم من لم يرحم صغيرنا
ولم يوقر كبيرنا الحديث والمهجور شرعا كالمهجور عادة فانعقدت اليمين على الذات وهي موجودة
حالة الشيخوخة فيحنث في يمينه واعترض على دليل الكتاب بانا سلمنا ان هجران المسلم حرام لكن الحرام
يمنع محلوفا عليه كما لو قال والله ليشربن اليوم خمرا واجيب بان الكلام في ان الحقيقة يحونان بترك الشرع

بالمطبوخ

الوصف

فبما اذا كان الكلام محتملا للمجاز حملا لامر المسلم على الصلاح واما ان اليمين ينعقد على الحرام المحض فكلام
فيه ومن حلف لا ياكل هذا الحمل قال ومن حلف لا ياكل بسرا هذه المسئلة على اربعة اوجه اذا حلف لا ياكل
بسرا فاكل بسرا مذنبا بكسر النون وهو ما بدا فيه الارطاب من قبل ذنبه وهو ما ينتقل من جانب القمع و
العلاقة ونفيره هو الذي عامته بسر وفيه شيء من الرطب في يمينه في قولهم وكذا اذا حلف لا ياكل رطبا فاكل
رطبا مذنبا وهو الذي عامته رطب وفيه شيء من البسر حنث عنده خلافا لهما على رواية الكتاب وذكر في
الايضاح وشرح الجامع الصغير قول محمد مع ابي حنيفة فانه يحنث في هاتين الصورتين قال صاحب
النهاية والله اعلم بصحته لهما ان الرطب المذنب يسمى رطبا فاذا حلف لا ياكل بسرا واكل الرطب المذنب
فقد اكل الرطب لا البسر فلا يحنث وكذلك بالعكس وصار كما اذا حلف لا يشتري رطبا فاشترى بسرا مذنبا
لا يحنث وله ان الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون اكله اكل البسر و
الرطب فيحنث في الصورتين وان كان احدهما غالبا والاخر مغلوبا الا يرى انه لو ميزه فاكله حنث بالاتفاق
فكذا اذا اكله مع غيره ولا يشكل على ما اذا حلف لا يشرب هذا اللبن فصب فيه ماء والماء غالب فشربه لم يحنث فان
شرب المحلوف عليه وزيادة واشار المصنف الى الجواب عنه بقوله وكل واحد مقصود في الاكل يعني بخلاف صورة
اللبن فان اللبن لما صب فيه الماء شاع وماع في جميع اجزاء اللبن فصار مستهلكا ولهذا لا يرى مكانه
فلم يكن كل واحد منهما مقصودا بالشرب وقوله بخلاف الشراء جواب عن قياسهما صورة النزاع على الشراء و
هو ظاهر وقوله ولو حلف لا يشتري رطبا كالبيان للمسئلة المتقدمة وهو ظاهر ومن حلف لا ياكل لحما فاكل
السمك لم يحنث في الاصل ان اللفظ اذا تناول افرادا وفي بعضها نوع قصور لا يدخل تحت العام ولحم السمك
فيه قصور لان اللحم من الالتحام والالتحام بالاشتداد والاشتداد بالدم والدم في السمك ضعيف وقال المصنف
لا دم فيه جعله بمنزلة المعدوم لكونه يسكن الماء فكان معنى اللحم قاصرا فيه فلا يدخل تحت اللفظ المطلق و
موضعه اصول الفقه وان اكل لحم خنزير او انسان حنث لانه لحم حقيقي الا انه حرام واليمين قد يعقد
للمنع عن الحرام واعترض بان الكفارة فيها معنى العبادة فلا يناط وجوبها بما هو حرام محض واكل لحم الخنزير
والانسان حرام محض فكيف يعلق وجوبها به واجيب بان هذه مغالطة لان الكفارة يجب بعد نقض
اليمين بالحنث وقد وجد نقضه وكون الحنث بامر مباح او حرام لا مدخل له في ذلك اشار الى هذا قوله واليمين قد يعقد
للمنع عن الحرام وقوله وكذا اذا اكل كبدا ظاهر وقوله ومن حلف لا ياكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها
والقضم الاكل باطراف الاسنان من باب لبس وانما وضع المسئلة في الحنطة المعينة لانه اذا عقد يمينه على
اكل حنطة لا بعينها ينبغي ان يكون الجواب على قول ابي حنيفة كالجواب عندهما قال في النهاية هكذا ذكر شيخ
الاسلام في امان الاصل وهذه المسئلة على اوجه احدها ان ينوي ان لا ياكل حبا كما هي فاكل من خبزها
او سويقها لا يحنث بالاتفاق لانه اراد حقيقة كلامه فيتقيد اليمين بها والثاني ان ينوي ان لا ياكلها

حنث
صح

في قولهم ولو حلف لا ياكل
بسرا فاكل رطبا فيه
شيء من البسر حنث
في قول ابي حنيفة وقالا
لا يحنث ولو حلف
لا ياكل رطبا فاكل
بسرا فيه شيء
من الرطب حنث
صح

بتخذ منها لا يحنث باكل عينها كذلك والثالث ان لا يكون له نية فاكل من خبزها لم يحنث عند ابي حنيفة
خلافا لهما والوجه من الجانبين ما ذكره في الكتاب ومبناه على ان الحقيقة المستعملة عنده اولى من المجاز
المتعارف وعندهما بالعكس وموضعه اصول الفقه ولو حلف لا ياكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه
حنث بالاتفاق لان عينه غير ماكول فكانت الحقيقة متعذرة فيصار الى المجاز وما يتخذ منه ولو
استف اكله بغير مضغ لا يحنث هو الصحيح وانما قال هو الصحيح احترازا عن قول بعض مشايخنا
انه يحنث لانه اكل الدقيق حقيقة والعرف وان اعتبر فالحقيقة لا تسقط به وهذا لان عين الدقيق
ماكول والاصح انه لا يحنث لان هذه حقيقة مهجورة ولما انصرفت اليمين الى ما يتخذ منه للعرف
سقط اعتبار الحقيقة كمن قال لاجنبية ان نكحتك فعبده حر فزنى بها لم يحنث لان يمينه لما انصرف
الى العقد لم يتناول حقيقة الوطء وقوله ولو حلف لا ياكل خبزا على ما ذكره ظاهر وطبرستان هي
آمل ولا بتها وقيل اصلها تبرستان لان اهلها يحاربون بالتبر وهو الفاس فعربوه الى طبر
وقوله ومن حلف لا ياكل الشواء ظاهر وقوله وهذا لان التعميم متعذر لان الدواء المسهل مطبوخ و
نحن نعلم يقينا انه لم يرد ذلك فينصرف الى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء قالوا قيد بقوله بالماء
لان القلية اليابسة لا يسمى مطبوخا فلا يحنث باكلها ومن حلف لا ياكل الرؤوس على ما يكبس في التنانير اي يطم
بها التنور يعني يدخل فيه من كبس الرجل راسه في جيب قميصه اذا ادخله فيه ويباع في المصر لان راس الجراد راس
حقيقة وليس بمراد فيصرف الى المجاز المتعارف وفسره في الجامع الصغير على ما ذكر في الكتاب واعترض
على هذا بان لحم الانسان والخنزير لا يباع في الاسواق ومع ذلك يحنث بالاكل اذا حلف لا ياكل واجيب
بان حاصله العرف بان الراس غير ماكول بجميع اجزائه لان منها العظم فكانت الحقيقة متعذرة فيصار
الى المجاز المتعارف وهو ما يكبس في التنانير ويباع في الاسواق واما اللحم فيؤكل بجميع اجزائه
فكانت الحقيقة ممكنة فلا يترك فيحنث باكل لحم الانسان والخنزير فان قلت الحقيقة ان لم يكن متعذرة
فهي مهجورة شرعا والمهجور شرعا كالمهجور عادة وفي المهجور شرعا يصار الى المجاز كما في
المهجور عادة قلت المهجور شرعا هو الذي لا يكون شيء من افراده معمولا به كما يحلف على
ترك الصبي وههنا ليس كذلك فان قيل سلمنا ذلك لكن لا يطرد في الشرى فان الراس يشترى
بجميع اجزائه فلم يكن الحقيقة متعذرة اجيب بان من الرؤوس ما لا يجوز اضافة الشرى اليه كراس
النمل والذباب والادمي فكانت متعذرة ومن حلف لا ياكل فاكهة فاكل عنبا او رمانا او رطبا
او قثاء او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث وهذا عند ابي حنيفة
وقالا يحنث في العنب والرطب يعني لا في القثاء والخيار وكانت المسئلة على ثلثة اوجه في وجه
يحنث بالاتفاق وهو ان يقع يمينه على ثمر كل شجر سوى العنب والرطب والرمان ويستوي في ذلك

الرمان

الرطب واليابس وفي وجه لا يحنث بالاتفاق وهو ان ياكل الخيار والقثاء لانه يوكل مع البقول
وفي وجه اختلفوا فيه وهو العنب والرطب والرمان اذا لم يكن له نية وكلامه ظاهر الا ما نذكره
فقوله زيادة على المعتادة اي على الغذا الاصلي حتى يسمى النار فاكهة والمزاج فاكهة لوجود زيا دة
التنعم فيها وقوله والرطب واليابس فيه سواء يعني ان ما كان فاكهة لا فرق فيه بين رطبه ويابسه
ويابس هذه الاشياء لا نقر فاكهة فيجب ان تكون رطبا كذلك وقوله لانها من البقول بيعا فا ن
بايع البقول هو الذي يبيعها لا غير واما اكلا فانها توضعان على الموائد حيث توضع النعناع
والبصل وقوله ان هذه الاشياء مما تتغذى بها يعني العنب والرطب ويتداوى بها يعني الرمان ولهذا
كان اليابس منها من التوابل كيابس الرمان او من الاقوات كيابس العنب فالتوابل جمع التابل بفتح الباء
وكسرها والاصل ان اللفظ اذا اطلق على افراد في بعضها دلالة على زيادة معنى ليس في مفهوم استفهامه
لم يتناوله كما تقدم في صورة النقصان في اللحم **قال** ولو حلف لا ياتدم وكل شيء اصطبغ به
فهو ادام اصطبغ على بناء المفعول كذا كان مقيدا النعاة وهو افتعل من الصبغ ويقال اصطبغ بالخل
وفي الخل ولا يقال اصطبغ الخبز بالخل ولو حلف لا ياتدم اي لا ياكل اداما فكل شيء اصطبغ به فهو ادام
ولا ينعكس فالخل والزيت واللبن والزبد والملح ادام والشوا ليس بادام وهذا عند ابي حنيفة وابي
يوسف في رواية الاصل وقال محمد ما يوكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهذا رواية عن ابي يوسف حاصل ذلك
على ثلثة اوجه ما تصطبغ به ادام بالاتفاق والبطيخ والعنب والتمر وامثالها مما يوكل وحده غالبا
ليس باادام بالاتفاق وفي اللحم والبيض والجبن اختلاف جعلها محمد اداما خلافا لهما ان الادام من المواد مة
وهي الموافقة وكل ما يوكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما ان الادام ما يوكل تبعا في العرف
والعادة والتبعية على نوعين حقيقة وذكر في الاختلاط ليكون قايما وحكمية وهي ان لا يوكل على الانفراد
لا يختلط فلا يكون تبعا حقيقة ويوكل منفردا فلا يكون تبعا حكما فلا يكون اداما وقوله وتمام الموافقة
بالامتزاج جواب عن قوله لان الادام من المواد مة يعني سلمناه ولكن المواد مة التامة الكاملة في الامتزاج
ايضا ولم يوجد في هذه الاشياء اللاتي يتوهم انه من التشبيد بخلاف الخل وغيره من المايعات فانها لا توكل
وحدها بل تشرب والملح لا يوكل وحده فيذوب فيسع فكان اداما والعنب والبطيخ ليس باادام يعني
بالاتفاق كما ذكرنا هو الصحيح كذا ذكره شمس الائمة السرخسي وقال بعض مشايخنا انه على هذا الاختلاف
وقوله اذا حلف لا يتغدى فالغدا الاكل من طلوع الفجر الى الظهر قال في النهاية هذا توسع في العبارة ومعناه
اكل الغداء والعشاء والسحور على حذف المضاف وذلك لان الغدا اسم لطعام الغداة لا اسم لاكله وقوله و
لهذا سمى الظهر احد صلوتي العشا في الحديث ذكر في الايضاح في باب الحلف على الغدا فقال قاله ورد في الحديث
ان النبي عم احدى صلوتي العشاء ركعتين يريد بها الراوي الظهر او العصر وقوله ويعتبر عادة اهل كل
صلى

بلد في حقهم يعني ان كانت خبزا فالخبز وان كانت لحما فاللحم حتى ان الحضري حلف على ترك الغدا فشرب
اللبن لم يحنث والبدوي بخلافه لانه غدا في البادية وقوله ويشترط ان يكون اكثر من نصف الشبع
رواه المعلى عن ابي يوسف وهو صحيح لان من اكل لقمة او لقمتين يصح ان يقول ما تغديت وما تعشيت
ومن قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدي حر وقال عنيت شيا دون شيء لم يصدق قضاء
ولا ديانة لان النية انما يصح في الملفوظ لانها لتعيين بعض محتملات الملفوظ والثوب وما يضاهيه
غير ملفوظ فلا يصح نيته فان قيل هب انه غير ملفوظ تنصيصا اليس انه ثابت مقتضى والمقتضى كالملفوظ
والمقتضى لا عموم له فلغت نيتها التخصيص فيه فان قيل المقتضى امر شرعي وافتقار الاكل الى الطعام
ليس كذلك لانه يعرفه من لم يعرف الشرع قلت يجوز ان المصنف اختار ما اختار بعض المحققين
من ان المقتضى هو الذي لا يدل عليه اللفظ ولا يكون منطوقا به لكن يكون من ضرورة اللفظ اعم
من ان يكون شرعيا او عقليا فان قيل سلمنا ذلك لكن ما الفرق بين هذا وبين ما اذا قال ان خرجت
فعبدي حر ونوى السفر فانه يصدق ديانة مع ان السفر او الخروج غير مذكور لفظا وبينه وبين
ما اذا حلف لا اساكن فلانا ونوى ان لا اساكنه في بيت واحد فان النية صحيحة مع ان المسكن
غير مذكور لفظا حتى لو ساكن معه في الدار لا يحنث اجيب بان الاولى ممنوعة منعها القضاة
الاربعة ابو هيثم وابو خازم وابو طاهر الدباس والقاضي القمي رحمهم الله ولئن سلم فقوله ان خرجت
ولا يساكن فلانا يدلان على المصدر لغة وقد وقع الثاني في صريح النفي والاول في معناه فيتناولا
عموما عدة من الخروج والسفر فجاز تخصيصهما الا انه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء
ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث منها حتى يكرع منها كرعا اي حتى يضع فاه على
دجلة بعينها ويشرب يقال كرع الرجل في الماء اذا مد عنقه نحوه ليشرب منه ومنه كره عكرمة
الكرع في النهر لانه فعل البهيمة يدخل فيه اكارعها والكراع مستدق الساق وهذا عند ابي حنيفة
وقالا اذا شرب باناء حنث ومبناه على ان الحقيقة المستعملة اولى من المجاز المتعارف عنده
وعندهما بالعكس اما كون المجاز متعارفا فظاهر فان المفهوم من قولهم اهل فلان يشربون
من دجلة انهم يشربون من مائها واما ان الحقيقة مستعملة فلان الناس يكرعون من الانهار و
الاودية وقد قال النبي عم لقوم نزل عندهم هل عندكم ما بات في شن والا كرعنا ولهذا اذا
حنث بالاجماع فان قيل لا نسلم ان الحنث في الكرع باعتبار كون الحقيقة مستعملة بل باعتبار العمل
بعموم المجاز كما في قوله لا يضع قدمه في دار فلان وحينئذ يجب ان يحنث بالشرب بالاناء وغيره
لان الحكم في عموم المجاز كذلك فالجواب ان المصير الى عموم المجاز انما يكون بعد تعذر الحقيقة و
مجازها وقد دل الدليل على كونها مستعملة فلا مصير اليه وقوله ولو حلف من ماء دجلة ظاهر

قال ومن قال ان لم اشرب الماء الذى فى هذا الكوز ومن قال ان لم اشرب الماء الذى فى هذا الكوز اليوم
فامراته طالق وليس فى الكوز ماء لم يحنث عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف حنث
فى ذلك كله اى فيما كان فيه الماء وعلم عدم الماء فى الكوز اولم يعلم فان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث
عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف حنث فى ذلك كله اى فيما كان فيه الماء وفيما لم يكن
وما ذكر من الوجه للجانبين فواضح واعترض على وجههما بان البر متصور فى صورة الاراقة لان
اعادة القطرات المهراقة ممكنة فكان متصورا واجيب بان البر انما يجب فى هذه الصورة
فى اخر جزء من اجزاء اليوم بحيث لا يسع فيه غيره فلا يمكن القول فيه باعادة الماء فى الكوز و
شربه فى ذلك الزمان وقوله ولو كانت اليمين مطلقا اى ذكر اليوم ففى الوجه الاول يعنى فيما اذا لم يكن
فى الكوز ماء لا يحنث عندهما وعنده يحنث فى الحال وفى الوجه الثانى وهو ان يكون فيه ماء و
اهريق يحنث فى قولهم جميعا فابو يوسف فرق فى الوجه الاول وهو الذى لم يكن فى الكوز ماء بين
المطلق عن ذكر اليوم وبين الموقت به فقال فى المطلق انه يحنث فى الحال وفى الموقت يتوقف حنثه
الى آخر اليوم الى غيبوبة الشمس ووجهه ما ذكر ان التاقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا فى
آخر الوقت فلا يحنث قبله وهذا لان اليمين متى عقدت على فعل لا عند موقتة بوقت ممتد يتعين
الجزء الاخير للانعقاد لان الوقت ظرف له فيلزم فى جزء منه ويتعين آخره وفى المطلق يجب البر
كما فرغ وقد عجز فيحنث فى الحال كذا فى بعض الشروح وقال فى النهاية فابو يوسف فرق بين المطلق و
الموقت اى فى مسئلة الوجه الثانى وهو ما اذا كان فى الكوز ماء فاهريق قبل الليل فقال فى المطلق يحنث
حال وقت الاراقة من غير توقف الى الليل وفى الموقت لا يحنث فى الحال بل يتوقف حنثه الى آخر اليوم
وهما فرقا بين المطلق والموقت يعنى فى هذا الوجه على ما ذكر فى الكتاب والشارح بقوله لما اذا مات الحالف
والماء باق الى ان بقاء المحل شرط للبر كبقاء الحالف واشار بقوله كما اذا عقده ابتداء فى هذه الحالة
الى ان وجود المحل كما هو شرط لانعقاد اليمين كذلك شرط لبقائها وقوله ومن حلف ليصعدن السماء
السماء على ما ذكره ظاهر واعترض بان تصور البر لو كان كافيا فى خلفية الكفارة لوجبت فى
الغموس لان الله تعالى قادر على اعادة الزمان الماضى وقد فعلها لسليمان صلى الله عليه وسلم واجيب بان تصور
البر فى الغموس بان يجعل الفعل الذى لم يوجد موجودا منه وهو مستحيل وقوله واذا كان متصورا
ينعقد اليمين انما كان كذلك لان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله وايجاب الله يعتمد التصور
دون القدرة فيما له خلف الا يرى ان الصوم واجب على الشيخ الفانى ولم يكن له قدرة لكان
التصور والخلف فكذلك ههنا حنث عقيب وجوب البر فوجبت الكفارة للعجز الثابت عادة
كما وجبت الفدية هناك عقيب وجوب الصوم **باب اليمين فى الكلام** لما ذكر بيان ايمان

السكنى والدخول والخروج والاكل والشرب للمعنى الذى ذكرنا شرع فى بيان الفعل الجامع الذى يستتبع
الابواب المتفرقة وهو الكلام اذ اليمين فى العتق والطلاق والبيع والشراء واليمين فى الحج والصلوة و
الصوم من انواع الكلام فذكر الجنس مقدم على ذكر النوع ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث الى
انه نائم حنث نقل صاحب النهاية عن شيخ الاسلام ان التكلم عبارة عن اسماع كلامه كما فى تكليم نفسه فانه
عبارة عن اسماع نفسه الا ان اسماع الغير امر باطن لا يوقف عليه فاقيم السبب المؤدى اليه مقامه
وهو ان يكون بحيث لو اصغى اليه اذنه ولم يكن به مانع من السماع لسمع ودار الحكم معه وسقط اعتبار
حقيقة الاسماع وكلامه واضح وقوله لتغافله اى لغفلته وقوله وفى بعض روايات المبسوط يريد
ما روى فى رواية فناداه فايقظه يحنث فى يمينه وهذه الرواية تشير الى اشتراط الايقاظ للحنث
وذكر فى بعض الروايات فناداه او ايقظه وهذه تدل على انه متى ناداه بحيث لو كان يقظان لسمع
صوته حنث وان لم يوقظ وقال شمس الائمة السرخسى والاظهر انه لا يحنث واليه اشار بقوله و
عليه مشايخنا والوجه ما ذكره فى الكتاب وقوله لو حلف لا يكلمه الا باذنه ظاهر وقوله لانه يتم بالاذن كالرضا
يعنى انه اذا حلف لا يكلمه الا برضاه فرضى المحلوف عليه بالاستثناء ولم يعلم الحالف وكلمه لا يحنث لان الرضا
يتم بالراضى فكذلك الاذن يتم بالآذن قلنا الرضا من اعمال القلب فيتم بالراضى ولا كذلك الاذن على ما مر انه
اما من الاذن الذى هو الاعلام او من الوقوع فى الاذن وذلك يقتضى السماع ولم يوجد واعترض
بانه لو كان كذلك لما صار العبد ماذونا اذا اذن له مولاه وهو لا يعلم لكنه يصير ماذونا فلم يكن
الاذن محتاجا الى الوقوع فى الاذن واجيب بان الاذن هناك فك الحجر فى حق العبد والعبد يتصرف باهلية
نفسه ومالكيته بعد الحجر الاذن واما فى اليمين فلما حرم كلامه باليمين الا عند الاذن صار الاذن
مثبتا لاباحة الكلام للحالف فلا بد من الاعلام لذلك وهو مبنى على تخصيص العلة وامره واضح
عند الاصولى وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر لتابد اليمين
لان ما يلى اليمين صالح لمحلية البر اى جز كان من اجزاء الليل والنهار واذا كان كذلك وقد وقع
النكرة فى سياق النفى كان اليمين مؤبدا فذكر الشهر لاخراج ما وراءه عملا بدلالة الحال وهى الغيظ
الذى لحقه فى الحال بخلاف ما اذا قال والله لاصومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لم يتابد اليمين اما لانه
نكرة فى سياق الاثبات واما لان الصوم غير صالح للتابيد لتخلل الاوقات التى لا تصلح ان يكون
محلا للصوم فكان ذكره لتقدير الصوم وانه منكر فاليه تعيينه وقوله وان حلف لا يتكلم فقرا
القران واضح وقوله ولو قال يوم اكلم فلانا ههنا ثلث عبارات نهار اكلم فلانا وليلة اكلم
فلانا فالاولى لبياض الزمان خاصة فلو كلمه ليلا لم يحنث والثانية لسواده خاصة فلو كلمه
نهارا لم يحنث ويوم جاء استعماله فى مطلق الوقت وما جاء فى قول الشاعر وكنا حسبنا كل سوداء
تمرة

وصور منزا

قع

عشرة ليالي لا قينا جديم وخيرا امرادا به الوقت فليس مما نحن فيه لان كلامنا فيما ذكر بلفظ المفرد وما
في الشعر بلفظ الجمع وذكر احد العددين بعبارة الجمع يقتضي دخول ما بازائه من العدد الاخر وذلك
اصل اخر غير ما نحن فيه والثالثة يعتبر ما قرن به ان قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعا
ومن يولهم يومئذ دبره والكلام مما لا يمتد وان قرن به مما يمتد كالصوم يراد به بياض النهار و
البحث فيه وظيفة اصولية وقد قررناه في التقرير فان عني في قولهم يوم اكلم لنهار خاصة
صدق في القضاء لانه مستعمل فيه قال الله تعالى اذا نودي للصلوة من يوم الجمعة والمراد به بياض
النهار وقوله لانه غاية اما في كلمة حتى فظاهر واما في الا فلما تقدم من مناسبة معنى الاستثناء معنى
الغاية وكونه مجازا للغاية وقوله فان مات فلان يعني الذي استاذن ليها القدوم والاذن سقط
اليمين لانتفاء تصور البر فان قيل اعادة الحيوة ممكنة فكان الواجب ان لا يبطل اليمين فالجواب
ان اليمين انعقدت على القدوم والاذن في حيوته الباقية لا المعادة بعد موته وهي غير المعادة لا
محالة ولهذا قلنا اذا قال لاقتلن فلانا وفلان ميت ولم يعلم الحالف بموته لا ينعقد اليمين لانها
وقعت على الحيوة الباقية قال ومن حلف لا يكلم عبد فلان اذا وقعت اليمين على فعل يتعلق
بمركب اضافي فاما ان يكون مع الاضافة اشارة او لا وكل منهما اما ان يكون الاضافة فيه اضافة ملك
او اضافة نسبة فان لم يكن مع الاضافة اشارة كما اذا حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه
او امراة فلان فالمعتبر وجود الملك عند وجود المحلوف عليه في اضافة الملك بالاتفاق وكذا في
اضافة النسبة عند ابي حنيفة وعند محمد يعتبر وجود النسبة وقت الحلف فعلى هذا اذا باع
فلان عبده فكلمه لم يحنث بالاتفاق وكذا اذا طلق امراته او عادى صديقه عنده وعند محمد
يحنث كذا قاله في الزيادات ووجه قول محمد ان هذه الاضافة للتعريف لان المراة والصديق قد يكون
لذاتهما مقصودا لا لاجل المضاف اليه وما كان للتعريف لا يشترط دوامه للاستغناء عنه
بعد التعريف فيتعلق الحكم بعينهما اي بعين كل واحد منهما كما في الاشارة بان قال لا اكلم صديق فلان
هذا وزوجة فلان هذه ووجه ما ذكر ههنا يعني عدم الحنث وهو قول ابي حنيفة رحمه الله وهو
رواية الجامع الصغير فانه ذكر قول محمد في الزيادات وقول ابي حنيفة في الجامع الصغير ولم
يذكر لابي يوسف قولا وقال فخر الاسلام يحتمل ان يكون قول ابي يوسف مثل قول ابي حنيفة ان يحتمل ان
يكون غرضه هجرانه اي كل واحد من المراة والصديق لاجل المضاف اليه ولهذا لم يعينه ويحتمل
ان لا يكون فلا يحنث بعد زوال الاضافة بالشك وان كان مع الاضافة اشارة بان قال عبد
فلان هذا وامراة هذه او صديق فلان بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المراة والصديق
في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد حنث في العبد ايضا وهو قول زفر رحمه الله وجه

قولها

١٣٧

قولها ان الاضافة للتعريف وتقريره الاضافة للتعريف وما هو للتعريف يلغو عند وجود ما هو ابلغ
منه فيه والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة لكونها بمنزلة وضع اليد عليه بخلاف الاضافة
لجواز ان يكون لفلان عبيد فاعتبرت الاشارة ولغت الاضافة فصار كالصديق والمراة ووجه
قولهما ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه وتقريره لا نسلم ان الاضافة للتعريف بل لبيان ان الداعي
الى اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان اي الدابة والدار والثوب لا يهجر ولا يعادى لذواتها و
كذلك العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها فيتقيد اليمين بحال قيام الملك لقيام المعنى الداعي اذ ذاك بخلاف
ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمراة لانه يعادى لذاته فكانت الاضافة للتعريف والداعي
لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم اليقين اي لعدم تعيين المضاف اليه للهجران لكون المضاف
ايضا صالحا لذلك واذا كانت للتعريف لم يشترط دوامها لما ذكرنا بخلاف ما تقدم يعني اضافة
الملك لتعيين المضاف اليه لذلك واعترض بان الدابة والدار والمراة يجوز ان يهجر لذاتها لشومها
كما جاء في الحديث واجيب بان ذلك احتمال لم يقترن به عرف فلا يكون معتبرا وقوله وان حلف لا
يكلم صاحب هذا الطيلسان ظاهر وقوله وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين جواب عما يقال
لو كانت الصفة في الحاضر لغوا لحنث اذا حلف لا ياكل هذا الرطب فاكله بعد ما صار تمرا وتقريره
الصفة في الحاضر لغو اذا لم يكن داعية الى اليمين وهذه كذلك على ما مر من قبل يعني في اول باب اليمين
في الاكل والشرب بخلاف الرطب فان صفته داعية الى اليمين **فصل** لما كان المسائل المذكورة
في هذا الفصل من نوع الكلام متعلقا بالازمان سماه فصلا ومن حلف لا يكلم فلانا حينا وزمانا او
الحين والزمان ولا نية له على شيء من الوقت فهو على ستة اشهر لان الحين قد يراد به الزمان القليل
قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون والمراد به وقت الصلوة وقد يراد به
اربعون سنة قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر قال اهل التفسير المراد به اربعون
سنة وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى توتي اكلها كل حين اي كل ستة اشهر من وقت الطلع
الى وقت الرطب ستة اشهر ومن وقت الرطب الى وقت الطلع ستة اشهر ومعناه انه ينتفع
بها في كل وقت لا ينقطع نفعها البتة وهذا هو الوسط فيصرف اليه اذا لم يكن له نية وقوله وهذا
اي الانصراف الى ستة اشهر لان القصير لا يقصد بالمنع لعدم الحاجة الى اليمين في الامتناع عن الكلام
في ساعة واحدة لانه يوجد فيها عادة بلا يمين والمديد لا يقصد غالبا لانه بمنزلة الابد لان من اراد
ذلك يقول ابدا في العرف فلو كان مراده ذلك لم يذكر الحين ولو سكت تابد اليمين فحيث ذكر لا بد له
من فائدة سوى المستفاد عند عدم ذكره والا لا يكون لذكره فائدة فتعين الاوسط وقوله و
كذا الزمان ظاهر وقوله وكذلك الدهر عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يعني يقع على ستة اشهر المعرف

والمراد خ

الانسان صح

والمنكر سواء وقال ابو حنيفة رحمه الله الدهر لا ادري ما هو وهذا الاختلاف في المنكر وقولهما هو الصحيح احتراز
عن رواية بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه قال لا فرق على قول ابي حنيفة بين قوله دهرا وبين قوله الدهر
واذا كان الاختلاف في المنكر فالمعرف يكون متفقا عليه فاما ان يكون ستة اشهر كما قالا واما ان يكون يقع
على الابد كما قال بعض اصحابنا ان الدهر بالالف واللام يقع على الابد بلا خلاف بينهم وهو الذي ذكره المصنف بقوله
اما المعرف بالالف واللام فيراد به الابد عرفا ووجه الجانبين في المنكر ما ذكره في الكتاب وهو واضح فان قيل
ذكر في الجامع الكبير واجمعوا فيمن قال ان كلمتك دهورا او ازمنة او شهورا او سنين او جمعا او اياما يقع على
ثلثة من هذه المذكورات لانها ادنى الجمع المتفق عليه فكان ابو حنيفة ايضا قائلا في دهور منكرة ثلثة منها وكل دهر
ستة اشهر كما هو قولهما والحكم في الجمع موقوف على معرفة الافراد فكيف حكم في الجمع وتوقف في المفرد اجيب بان
ذلك تفريع لمسئلة الدهر على قول من يدعي معرفة الدهر وكانه قال من وقف على معنى الدهر يجب عليه ان يقول في
الجمع المنكر منه ثلثة كما في الازمنة والشهور كما فعل مثل ذلك في المزارعة وبيان اختلاف الاستعمال فيه ان معرفه
يقع على الابد بخلاف الحين والزمان ويقال دهري لمن قال بالدهر وانكر الصانع وحكى الله تعالى عنهم بقوله وما
يهلكنا الا الدهر قال صلى الله عليه وسلم لا تسبوا الدهر فان الدهر هو الله فهذا اسم لم يوقف على مراد المتكلم عند
الاطلاق والتوقف في مثل ذلك لا يكون الا من كمال العلم والورع وقوله ومن حلف لا يكلمه اياما فهو على ثلثة ايام
هو رواية الجامع الكبير وذكر فيه انه بالاتفاق وذكر في كتاب الايمان انه على عشرة ايام عنده كما في المعرف قال
الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي والمذكور في الجامع اصح لانه ذكر الايام بالتنكير ولا دلالة فيه على الجنس و
العهد فيقع على اقل الجمع وهو الثلثة ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا على
ايام الاسبوع والاصل ان حرف التعريف اذا دخل في اسم الجمع ينصرف الى اقصى ما ينطلق عليه اسم الجمع عند
ابي حنيفة رحمه الله وهو العشرة لان الناس يقولون في العرف ثلثة ايام واربعة ايام الى عشرة ايام ثم بعد ذلك
يقولون احد عشر يوما ومائة يوم والف يوم فلما كانت العشرة اقصى ما ينتهي اليه لفظ الجمع كانت هي المرادة
بخلاف ما اذا حلف لا يتزوج النساء حيث يقع اليمين على الواحدة لتعذر صرفه الى اقصى ما ينتهي اليه اسم النساء
وعندهما ينظر ان كان ثمة معهود ينصرف اليه والا ينصرف الى جميع العمر وفي الايام المعهود في عرف الناس
ايام الاسبوع وكانت مرادة وفي الشهور المعهودة شهور السنة فكانت مرادة وهي اثنا عشر شهرا و
لا معهود في الجمع والسنين فينصرف يمينه الى جميع العمر وقوله لانه يدور عليها قيل اي لان الشهور يدور على
اثني عشر وكان القياس ان يقول لانها تدور عليه ولكن اولها بالمذكور في الاول وبالافراد في الثاني وقوله ومن
قال لعبده ظاهر وقوله وقيل لو كانت اليمين بالفارسية يعني مثل ان يقول اكر خدمت كني مرا روزهاي
بسيار تو آزادي اذا خدم سبعة ايام ينبغي ان يعتق لان في لساننا يستعمل في جميع الاعداد لفظ روز فلا
يجيء ما قال ابو حنيفة في العربية من انتهاء لفظ الجمع الى العشرة فلذلك قيل في العربية اكثر ما يطلق عليه اسم الايام

لان بعد

لان بعد ذلك لا يقال ايام بل يقال احد عشر يوما ومائة يوم والف يوم وقيل في تعليل المصنف نظر لان لفظ
الفرد بالفارسي اما ان يفهم منه معنى الجمع او لا فان فهم ينبغي ان يكون العربي والفارسي سواء وان لم
يفهم ينبغي ان لا يكون الاسبوع مرادا ايضا ويمكن ان يجاب عنه بانه يفهم منه معنى الجمع قوله ينبغي ان يكون
العربي والفارسي سواء قلنا ممنوع لان لفظ الفارسي وان افاد معنى الجمع لكن لا ينتهي الى العشرة وتخصيص
ايام الاسبوع لكونه المفهوم ولعدم القائل بالفصل

باب اليمين في العتق والطلاق

قدم هذا الباب على غيره لان الحلف بهما اكثر وقوعا فكان معرفة احكامه اهم من غيره ومن قال
لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذا لو قال ذلك لامته وعلق به الحرية
عتقت لان الشرط ولادة الولد وقد تحققت لان الموجود مولود حقيقة وعرفا وحكما اما حقيقة
فظاهر وكذلك عرفا لانه في العرف يسمى ولدا واما شرعا فلان الشرع اعتبره ولدا حتى ينقضي به
العدة والدم بعده نفاس وامه ام ولد له فاذا تحقق الشرط ثبت الحكم ولو قال اذا ولدت ولدا فهو
حر فولدت ولدا ميتا ثم اخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق واحد منهما لان
الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بينا ان الموجود مولود الى اخره لكن الميت لما لم يكن محلا للحرية
انحلت اليمين لا الى جزاء كما لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق فدخلت الدار بعد ما ابانها
وانقضت عدتها ينحل اليمين لا الى جزاء وقوله ولابي حنيفة ان مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحيوة
يعني ان الولد وان كان مطلقا في اللفظ لكنه مقيد بوصف الحيوة دلالة لانه قصد اثبات الحرية جزاء و
الميت ليس بمحل لها فصار كما لو قال اذا ولدت ولدا حيا ولم يوجد جزاء الطلاق وحرية الام لانه اي
الجزاء لا يصلح مقيدا لاستغنائها عن حيوة الولد فلم يكن الشرط الا ولادة الولد وقد تحققت
على ما بينا واستشكل بما لو قال اذا اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا لغيره انحلت يمينه حتى لو
اشترى بعد ذلك عبدا لنفسه لم يعتق مع انه اشترط العبد شرط الحرية وعبد الغير ليس بمحل الحرية من
المشتري لعدم ملكه واجيب بان الاضمار انما يكون ليصح الكلام والحاجة الى اضمار الملك لتصحيحه ليست
كالحاجة الى اضمار الحيوة لان الحرية بدون الحيوة لا يتصور اصلا وفي ملك الغير يتصور موقوفة
على الاجازة فلا يلزم من اضمار وجوب الحيوة اضمار الملك ولو قال اول عبد اشتريه فهو حر على ما
ذكر في الكتاب ظاهر وكذا قوله اول عبد اشتريه فهو حر على ما ذكره في الكتاب ظاهر وكذا قوله اول
عبد اشتريه وحده وهي من الجامع الكبير واستشكل بما لو قال اول عبد املكه واحدا فهو حر فاشترى
عبدين معا ثم اشترى اخر لا يعتق الثالث مع ان معنى التفرد فيهما على طريقة واحدة وفرق بينهما بان
واحدا يقتضي نفي المشاركة في الذات ووحده يقتضيه في الفعل المقرون به دون الذات ولهذا
صدق الرجل في قوله في الدار رجل واحد وان كان معه صبي وامرأة وكذب في ذلك اذا قال وحده واذا كان

واحد

كذلك قلنا اذا قال واحدا اضاف العتق الى اول عبد مطلق لان قوله واحدا لم يفد امرا زايدا
على ما افاده لفظ اول فكان حكمه كحكمه واذا قال وحده فقد اضاف العتق الى اول عبد لا يشاركه
غيره في التملك والثالث بهذه الصفة فيعتق وقوله وان قال آخر عبد اشتريه فهو حر واشترى
وقوله ويعتبر من جميع المال يعني اذا كان اشتراه في الصحة وقوله حتى يعتبر من ثلث المال يعني
على كل حال لان شرط العتق آخرية العبد المشترى وهي لا تثبت الا بعدم شرى غيره بعده وعدم
شرى غيره يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عنده فيقتصر عليه ولابي حنيفة رحمه الله
ان الموت معرف وتقريره انه لما اشترى الثاني بعد الاول ثبتت صفة الآخرية فيه لكن كانت
بعرضية ان تزول بشراء غيره فلا نحكم بعتقه ما لم يتيقن فاذا مات ولم يشتر غيره عرفنا
تقرر صفة الآخرية عليه فيعتق من ذلك الوقت كما لو قال لامته اذا حضت فانت حرة فرأت
الدم لا يعتق لجواز ان ينقطع الدم فيما دون ثلثة ايام فان استمر بها الدم ثلثة ايام عتقت
من حين رأت لانه تبين ان ما رأته كان حيضا من حين رأت الدم الى هذا اشار الامام السرخسي
ذكره في النهاية وقيل تسامح لان ما ذكر في الكتاب من باب الاستناد وما مثل به من باب التبيين
ويجوز ان يقال الغرض من التمثيل بيان عدم الاقتصار والاستناد والتبيين في ذلك سواء و
قوله وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات الثلث به اي بوصف الآخرية كما اذا قال آخر امرأة اتزوجها
فهي طالق ثلثا فتزوج امرأة ثم امرأة ثم مات عندهما يقع الطلاق مقصورا على الموت حتى
يستحق الميراث وعند ابي حنيفة يقع مستندا الى وقت التزوج فلا يستحقه وفايدة التقييد
بالثلاث جاز ان يكون بيان الطلاق البائن فان به يكون الزوج فارا وترث المرأة عنهما
قال ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة البشارة اسم لخبر غاب عن المخبر علمه وقد
يكون بالخير وقد يكون بالشر الا انه في العرف يستعمل فيما يسر ويبقى الحزن ويتحقق من
واحد واكثر فاذا قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فبشره عبيد ثلثة فان اخبروه معا عتقوا
لان البشارة حصلت منهم قال الله تعالى وبشروه بغلام عليم وان اخبروا متفرقين واحدا بعد
واحد عتق الاول لان البشارة حصلت منه ويعضده ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم مر بابن
مسعود رضي الله عنه وهو يقرأ القرآن فقال من احب ان يقرأ القرآن غضا طريا كما انزل فليقرأ
بقراءة ابن ام عبد فابتدر اليه ابو بكر وعمر رضي الله عنهما للبشارة فسبق ابو بكر عمر بها وكان
ابن مسعود رضي الله عنه اذا ذكر ذلك يقول بشرني ابو بكر واخبرني عمر وان قال ان اشتريت فلانا
فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجز لان الشرط اي شرط الخروج عن عهدة
التكفير قران نية التكفير بعلة العتق وهي اليمين فيما نحن فيه ولم توجد وانما وجد عند الشراء و

هو شرط العتق لا علته فلا يكون مفيدا حتى لو كانت النية مقارنة لليمين اجزاه عن الكفارة وان
اشترى اباه ينوي به كفارة يمينه اجزاه عندنا خلافا لزفر والشافعي وهو قول ابي حنيفة
الاول وجه قولهما ان النية يشترط عند العلة والشراء شرط العتق لا علته وانما العلة هي
القرابة فلا يفيد النية عند الشراء وهذا اي كون الشراء شرطا لا علة لان الشراء اثبات الملك و
هو ظاهر والاعتاق ليس اثباتا للملك لانه ازالة فكان بينهما منافاة فلا يكون الشراء اعتاقا ولنا
ان شراء القريب اعتاق لقوله صلى الله عليه وسلم لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه
فيعتقه ووجه الاستدلال ما ذكره بقوله جعل نفس الشراء اعتاقا لانه لم يشترط غيره وقوله
وصار نظير قوله سقاه فارواه جواب عما يقال عطف الاعتاق على الشراء بالفاء وهو يقتضي
التراخي بزمان وان لطف فلا يكون نفسه ووجهه ان الفعل اذا عطف على فعل آخر بالفاء كان الثاني
ثابتا بالاول في كلام العرب يقال ضربه فاوجعه واطعمه فاشبعه وسقاه فارواه اي بذلك
لا بغيره وفيه بحث وهو ان شراء القريب هل يثبت الملك للمشتري القريب اولا فان اثبت
لا يزيله لان المثبت بعينه لا يكون مزيلا وان لم يثبته لا يعتق عليه لانه لا عتق
فيما لم يملكه ابن آدم لا يقال شراء القريب يثبت الملك لكون ثبوت الملك في القريب اعتاقا لان
الاعتاق ازالة الملك وكون ثبوت الشيء ازالة له محال بالبديهة ولا يقال شراء القريب اعتاق
بواسطة موجبه وهو ثبوت الملك لانه اشد استحالة لانه يلزم ان يكون مثبت الشيء ونفس ثبوته
ازالة له والجواب ان قولهم ثبوت الملك في القريب اعتاق معناه ان الشرع اخرج القريب عن
محلية الملك بقاء كما انه اخرج الحر عن محليته ابتداء وبقاء وهذا لان العتق لا يقع الا في الملك
فلو لم يقل بثبوت الملك ابتداء لم يتصور زواله ومن قال لامة قد استولدها بالنكاح ان
اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني فانها تعتق لوجود الشرط ولا تجزيه عن الكفارة
لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا يضاف الى اليمين من كل وجه والواجب باليمين تحرير تستحق
حريته من كل وجه ولقائل ان يقول القريب يستحق العتق بالقرابة كما ان ام الولد مستحقة
له بالاستيلاد فما بالها لم يعتق اذا اشتراها بنية بعد التعليق كما عتق القريب والجواب
ان الاستيلاد فعل اختياري من جهة المستولد وكانت الحرية من جهتين جهة الا
ستيلاد والشرى فلم يقع عن الكفارة من كل وجه بخلاف القرابة فانها ليست كذلك فلم يكن من
جهة القريب جهة في حريته سوى الشراء ونوى الكفارة كانت الحرية عن الكفارة من كل وجه
قوله بخلاف ما اذا قال لقنة ظاهر قال ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة معنى تسريت
اتخذت سرية وهي فعلية منسوبة الى السر وهو الجماع او الاخفاء لان الانسان يسر وانما

ضمت سينه لان الابنية تتغير في النسبة كما قالوا في النسبة الى الدهر دُهري بضم الدال للمعمر والتسري
عبارة عن التحصين والجماع طلب الولد او لم يطلب عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو
يوسف لا بد من طلب الولد مع ذلك حتى لو وطئها وعزل عنها لا يكون تسريا عنده واذا كان كذلك
لم يستلزم ملك الرقبة وانما يستلزم ملك المتعة سواء كان بالنكاح او بملك الرقبة فاذا قال
ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت لان اليمين انعقدت في حقها
لمصادفتها الملك وكل ما انعقد في حقه اليمين اذا وجد الشرط يترتب عليه الجزاء وقوله وهذا لان
الجارية توضيح لانعقاد اليمين في حقها وان اشترى جارية فتسراها لم يعتق خلافا لزفر رحمه الله
فانه يقول التسري لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكر الملك وصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك
فعبدي حر يصير الزوج مذكورا فان قيل هذا قول بالاقتضاء وزفر لا يقول بالاقتضاء اجيب
بان اثبات الملك هنا بدلالة اللفظ لا بالاقتضاء والفرق بينهما ان الثابت دلالة ما يكون معلوما
من اللفظ بلا تأمل واجتهاد كما كان النهي عن الضرب والشتم وساير الافعال المؤذية مفهوما
من النهي عن التأفيف ولا كذلك المقتضى لان المقتضى لا يفهم من ذكر المقتضي ثم اذا قيل فيما نحن
فيه عند فلان سرية يراد بها جارية مملوكة من غير تأمل فلما كان الملك مفهوما من التسري بلا تأمل
واجتهاد كان الملك ثابتا بطريق الدلالة لا بطريق الاقتضاء هكذا ذكره صاحب النهاية وبقيته التساوي حسن
وفيه نظر لان الثابت بالدلالة هو ما يكون بطريق الحاق صورة باخرى بامر جامع كالضرب الملحق
بالتأفيف بواسطة الاذى ولهذا ذهب بعض اصحابنا واصحاب الشافعي ان الدلالة قياس لوجود
اصل وفرع وعلة جامعة بينهما والملك من التسري ليس كذلك ولو قيل هذا اللفظ يستعمل في العرف
بمعنى ان وطئت مملوكة لي وكانت الدلالة بطريق العادة مجازا ولتقرر هذا الحكم اذا ثبت عن
زفر ولم يقل بالاقتضاء كان متناقضا فكفينا مؤنة الجدال معه ولنا ان الملك يصير مذكورا
ضرورة صحة التسري وتقريره سلمنا ان ذكره ذكر الملك ولكن بطريق الاقتضاء ضرورة صحة
التسري لكونه شرطا وما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها ولا يظهر في حق صحة الجزاء وهو
الحرية لانها ليست من لوازم الملك الثابت اقتضاء وقوله وفي مسألة الطلاق جواب عن قوله
كما اذا قال لاجنبية وتقريره وما ذكرت من المسألة المذكورة فالامر فيه كذلك لانه ثبت فيها ملك
النكاح ضرورة صحة الشرط الذي هو الطلاق ولا يتعدى الى صحة الجزاء حتى لو قال لها ان طلقتك
فانت طالق ثلثا فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلثا فهذه وزان مسألتنا من حيث ان في كل منهما
شرط الشرط لصحة الشرط ولا يتعدى الى صحة الجزاء واما وزان مسألة زفر فهو ان يقول ان
تسريت فعبدي حر فاشترى جارية فتسرى بها عتق العبد لقيام الملك في الحال في العبد فيصح التعليق

العتق

العتق بشرط سيوجد ومن قال كل مملوك لي حر عتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده
لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء يعني ان كل واحد من هؤلاء في الاضافة الى نفسه بقوله لي كامل
اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا واذا كان كذلك دخلوا تحت كلمة كل فيعتقون وان قال اردت
الرجال خاصة صدق ديانة خاصة اما تصديقه ديانة فلان لفظ المملوك وضع للمذكر واما
عدم تصديقه قضاء فلانه عند الاختلاط يستعمل فيهم لفظ المذكر عرفا ولو نوى الاناث
لغت نيته ولو قال لم انو المدبرين لم يصدق في القضاء على رواية كتاب العتاق ولم يصدق لا
قضاء ولا ديانة على رواية كتاب الايمان ففيه روايتان ولا يعتق مكاتبوه الا ان ينويهم لان
الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطء المكاتبة فكان المكاتب مملوكا من
وجه دون وجه بخلاف ام الولد والمدبر فاختلت الاضافة فلا بد من النية وقوله ومن قال
لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه على ما ذكر في الكتاب ظاهر وقوله فيختص بمحله اي بمحل
الحكم وهو المطلقة لان الكلام سيق لايقاع الطلاق واعترض بان العطف كما يصح على من وقع
عليه الحكم يصح ايضا على من لم يقع عليه الحكم والاصل عدم الحكم فعطف على من لم يقع عليها الحكم كما
في قوله والله لا اكلم فلانا او فلانا وفلانا فانه ان كلم الاول حنث وان كلم احد الاخرين لا
يحنث حتى يكلمهما ويكون الثالث معطوفا على الثاني الذي لم يقع عليه الحكم منفردا وهذا لان الجمع
بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فصار كانه قال هذه طالق او هاتان فحينئذ كان هو مخيرا في الطلاق
والعتاق ان شاء اوقع على الاول وان شاء اوقع على الاخرين واجيب بان هذا الذي ذكرته هو رواية
ابن سماعة عن محمد فاما الذي ذكره في الكتاب فهو ظاهر الرواية والفرق بين جواب ظاهر الرواية في
الطلاق والعتاق وبين قوله والله لا اكلم فلانا او فلانا وفلانا في ان الثالث معطوف على الثاني
الذي لم يقع عليه الحكم وهو مسئلة الجامع هو ان كلمة او اذا دخلت بين شيئين تتناول احدهما الا
ان في الطلاق والعتاق الموضع موضع الاثبات والنكرة في موضع الاثبات تخص فتتناول احدهما فاذا
عطف الثالث على احدهما صار كانه قال احديكما طالق وهذه ولو نص على هذا كان الحكم ما قلنا اما في
مسئلة الجامع فالموضع موضع النفي وهي فيه تعم كما في قوله تعالى ولا تطع منهم آثما او كفورا فصار كانه
والله لا اكلم فلانا ولا فلانا فلما ذكر الثالث بحرف الواو صار كانه قال ولا هذين ولو نص على هذا
كان الحكم هكذا فكذا ههنا

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

يريد بغير ذلك الطلاق والعتاق والضرب وهذه التصرفات في الايمان كثيرة الوقوع بالنسبة الى ما بعده
فلذلك قدمه قال في النهاية ثم الضابط في هذه التصرفات لاصحابنا رحمهم الله فيما يحنث بفعل المامور
وفيما لا يحنث شيئان احدهما ان كل فعل يرجع الحقوق فيه الى المباشر فالحالف لا يحنث بمباشرة المامور

وكل فعل يرجع فيه الحقوق الى من وقع حكم الفعل له يحنث و الثاني ان كل فعل يحتمل حكمه الانتقال الى غير
الحالف فهو لا يحنث بمباشرة المامور وكل فعل لا يحتمل ذلك يحنث و قيل كلما يستغنى المامور في مباشرته
عن اضافته الى الامر فالامر لا يحنث بمباشرة المامور وان لا يستغنى عن هذه الاضافة يحنث والفقه
في ذلك ان العقد متى رجعت حقوقه الى من وقع العقد له فمقصود الحالف من الحلف التوقي عن حكم
العقد وعن حقوقه وكلاهما يرجعان اليه ومتى رجعت حقوقها الى العاقد لا الى من وقع حكم العقد له
فمقصوده من الحلف التوقي من رجوع الحقوق اليه وهي لا يرجع اليه فلا يحنث ثم مما يحنث الحالف بمباشرة
المامور النكاح والصلح عن دم العمد والطلاق والعتاق والهبة والصدقة والقرض والاستقراض و
ضرب العبد والذبح والايداع وخياطة الثوب والبناء فان الحالف كما يحنث فيها بفعل نفسه يحنث
ايضا بفعل المامور واما ما لا يحنث الحالف بمباشرة المامور فهو البيع والشرى والاجارة والاستيجار
والصلح عن المال وكذلك القسمة ومن المشايخ من الحق الخصومة بهذا القسم واذا عرف هذا
ظهر معنى كلامه لان الفاظا نبه عليها قوله الا ان ينوى استثناء متصل بقوله فوكل من فعل ذلك لم يحنث
اى الا ان ينوى ان لا يامر غيره ايضا فحينئذ يحنث و قوله او يكون الحالف ذا سلطان يعنى اذا باشره
المامور حنث لان مقصوده من اليمين منع نفسه عما يعتاده ومعتاده الامر بالغير فلما امر غيره
وفعل المامور حنث ومع ذلك لو فعله بنفسه حنث ايضا لوجود البيع منه حقيقة و قوله لان المالك له ولاية
ضرب عبده يلوح الى انه لو حلف على ضرب حر فامر غيره بذلك فضربه المامور لم يحنث لانه لا ولاية
له عليه فلا يعتبر امره فيه و قوله و وجه الفرق هو الفرق الموعود بقوله سنشير وحاصله انه اذا
نوى الخصوص في العموم يصدق ديانة لا قضاء لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف عليه واذا نوى الحقيقة
المستعملة صدق قضاء وديانة وان كان في ذلك تخفيف عليه لان الكلام نص في الحقيقة
فاذا وجدت النية كان النص فيها اولى و قوله لان منفعته ضرب الولد عايدة اليه اى الى الولد وذكر
ضمير المنفعة نظرا الى الخبر وهو التادب و قوله ومن قال ان بعتك هذا الثوب على ما ذكره في
الكتاب واضح وحاصل ذلك ان لام الاختصاص اذا اتصل بضمير عقيب فعل متعد فاما ان يتوسط
بين الفعل ومفعوله او تاخر عن المفعول وعلى التقديرين فاما ان يحتمل الفعل النيابة او لا فان
احتملها وتوسط بينهما كان الكلام لاختصاص الفعل وشرط حنثه وقوع الفعل لاجل من له الضمير
كانت العين مملوكة له او لم يكن وذلك انما يكون بالامر وان اخر عن المفعول كان لاختصاص العين به
وشرطه كونها مملوكة له سواء كان الفعل وقع لاجله او لم يقع وان لم يحتملها لم يفترق الحكم في الوجهين
اى في التوسط والتاخر بل يحنث اذا فعله سواء كان بامره او بغير امره لان الفعل اذا لم يحتمل النيابة
لم يكن انتقاله الى غير الفاعل فيكون الامر وعدمه سواء فتعين ان يكون اللام لاختصاص العين صونا

للكلام

١٣١

للكلام عن الالغاء ومعنى دس اخفى والمراد بالغلام اما العبد كما ذكره في الجامع لقاضي خان واما الولد
كما ذكره في الفوايد الظهيرية وهذا هو الصواب لان ضرب العبد يحتمل النيابة ولهذا لو حلف لا
يضرب عبده فامر غيره بضربه حنث لان المنفعة تعود اليه وقد ذكره المصنف قبل ومن الشارحين
من وجه الاول بان المراد بالوكالة الوكالة بنيابة وكالة يتعلق بها حقوق يرجع بها الوكيل بما يلحقه من
العهدة على الموكل وليس للضرب بشيء ذلك فكان كالاكل والشرب واجاب عن المسئلة الاولى الذكورة
بان محمدا لم يذكرها وهو مخالف لما ذكره المصنف و تخطيه له فانه ذكر انه لا حقوق له ترجع
الى المامور ومع ذلك جعله مما يحتمل النيابة قال ومن قال ان هذا العبد حر ان بعته و
من قال هذا العبد حر ان بعته فباعه وشرط الخيار لنفسه عتق لوجود الشرط وهو البيع و
الملك فيه قايم لان خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه بالاتفاق فينزل الجزاء قيل لو كان البيع من
غير افادة الحكم كافيا لوقوع ما علق به لكان النكاح كذلك فاذا علق العتق بالنكاح ووجد
النكاح فاسدا وجب ان ينزل الجزاء وليس كذلك واجيب بان جواز البيع ليس مع المنافي وجواز النكاح
مع المنافي لانه رق والانسانية ينافيه فاذا كان النكاح فاسدا اعتضد فساده بما يخالف الدليل
فيترجح جانب العدم فصار كان لم يكن بخلاف البيع لانه موافق الدليل فكان موجودا بالايجاب
والقبول في المحل وان لم يفد الحكم و لو قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر فاشتراه وشرط الخيار
لنفسه عتق ايضا لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قايم فيه وهذا على اصلهما ظاهر لان
خيار المشتري لا يمنع ثبوت الملك له عندهما وكذا على اصله لان هذا العتق معلق بتعليقه والمعلق
كالمنجز ولو نجز العتق بعد الشراء بخيار الشرط انفسخ الخيار وثبت الملك ووقع العتق فكذلك
اذا علق ورد بان في التنجيز لو لم ينفسخ الخيار لبطل التنجيز اصلا لعدم احتماله التاخير و
في التعليق لو لم ينفسخ لم يبطل لثبوت العتق بعد مضي مدة الخيار فلا يلزم من صحة التنجيز
لفسخ الخيار صحة حكم التعليق به في الحال واجيب بان العتق يحتاط في تعجيله وهو ممكن بايقاعه في
الحال لفسخ الخيار فلا يؤخر الى مضي مدة الخيار وطولب ههنا بفرقان فرق بين ما نحن فيه من
المسئلة وبينها والخيار للبايع فانه لو قد اشتراه ولم يعتق عليه وفرق بين ما نحن فيه من المسئلة
وبين ما اذا اشترى الرجل قريبه بشرط الخيار له فانه لا يعتق ما لم يسقط الخيار عند ابي حنيفة
وفرق بين الاولين بان الخيار اذا كان للمشتري تمكن من اسقاطه ومتى كان الخيار للبايع لا يتمكن
من اسقاطه وبين الثانيتين بان شرى القريب لم يوجد فيه كلمة الاعتاق بعد الشرى حتى يسقط بها
الخيار فلا يعتق عليه ما لم يسقط واما في الايجاب المعلق فانه يصير قائلا عند وجود الشرط
انت حر فيسقط الخيار ضرورة لوجود ما يختص بالملك و وضع المسئلة في البيع لبشرط الخيار ليفيد

ان البيع اذا كان باتا لا يعتق وان وجد البيع بناء على ان العلة مع المعلول في الوجود الخارجي فكما تم
البيع زال العبد عن ملكه والجزاء لا ينزل في غير الملك بخلاف ما قبل الشرط فانهما يتعاقبان فنه ومن قال
ان لم ابع هذا العبد وهذه الامة فامراته طالق فاعتقا او دبر طلقت امراته لان الشرط قد تحقق
وهو عدم البيع لفوات محلية البيع وهذا في اعتاق العبد ظاهر فاما في التدبير والامة فلا بد من بيان
لان المدبر يجوز اذا قضى القاضي بجواز بيعه والامة يجوز ان ترتد فتسبى بعد اللحاق بدار الحرب
وذكر ان الكلام في المدبر ما دام مدبرا واذا قضى القاضي بجواز بيعه ينفسخ التدبير ويكون البيع حينئذ بيع
القن لا بيع المدبر وفوات المحلية انما كان باعتبار بقاء التدبير واما الامة فان من مشايخنا من قال
لا تطلق امراته في التعليق بعدم بيعها باعتبار هذا الاحتمال والصحيح انها تطلق لانه انما عقد يمينه
على البيع باعتبار هذا الملك وقد انتهى ذلك الملك بالاعتاق والتدبير وقوله ولو قالت المراة لزوجها
ظاهر وقوله لانه زاد على حرف الجواب لا على اصله لانه لو اراد الجواب المطابق لقال ان فعلت فهي طالق فلما ذكر
كلمة كل دل ان مراده العموم فيعمل بعموم اللفظ دون خصوص السبب فكان مبتديا وقوله وقد يكون غرضه
ايحاشها جواب عن قوله بان الغرض ارضاؤها

باب اليمين في الحج والصلوة والصوم

قدم هذا الباب على باب اللبس وغيره لان في هذا ذكر العبادات وذكرها مقدم على غيره وانما اخر عما
تقدم لكثرة وقوع ذلك ومسائل هذا الفصل على ثلثة اوجه في وجه يلزمه اما حجة او العمرة في قولهم جميعا
وفي وجه لا يلزمه شيء كذلك وفي وجه اختلفوا فيه اما الوجه الاول ففيما اذا قال علي المشي الى بيت الله او الى
الكعبة او الى مكة وفي رواية النوادر او الى بكة سواء كان في الكعبة او في مكة او لم يكن لزمه حجة او عمرة
ماشيا فان لم يكن بمكة فظاهر وان كان بها واختار الحج يحرم من الحرم ويخرج الى عرفات ماشيا
فان ركب لزمه شاة وان اختار العمرة خرج الى التنعيم ويحرم بالعمرة ولم يذكر محمد انه يخرج
الى التنعيم ماشيا او راكبا وقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم جاز له ان يركب في وقت الرواح الى
التنعيم لان الرواح اليه ليس بمشي الى بيت الله وانما المشي اليه وقت الرجوع وقال بعضهم يمشي في وقت
الرواح ايضا لان الرواح اليه للاحرام فكان مشيا الى بيت الله والقياس ان لا يلزمه بهذا اللفظ شيء
لانه التزم ما ليس بقربة واجبة لان المشي امر مباح ولا مقصود منه شيء آخر لا نفسه فكان القياس
ان يكون النذر به باطلا لكن تركناه بالاثر والعرف اما الاثر فما قال محمد رحمه الله في الاصل بلغنا عن علي
ابن ابي طالب رضي الله عنه انه قال من جعل على نفسه الحج ماشيا فحج راكبا وذبح شاة لركوبه كذا في بعض
الشروح وليس بمطابق لما نحن فيه لجواز ان يكون ذلك فيمن جعل على نفسه الحج ماشيا بغير هذا اللفظ و
ليس الكلام فيه وقال آخرون روي عن علي رضي الله عنه انه اجاب في هذه المسئلة بان عليه حجة او عمرة وهذا
مطابق وقد روى شيخي رحمه الله في شرحه ان اخت عقبة بن عامر نذرت ان تمشي الى بيت الله فامرها النبي

في الاصل يعني ترك له لان المقصد

صلى الله

صلى الله عليه وسلم ان يحرم بحجة او عمرة واما العرف فما ذكره في الكتاب ان الناس تعارفوا ايجاب الحج
والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال علي زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا وان ركب اراق دما فله
ذلك على ما ذكره في المناسك وايجاب الحج والعمرة بطريق المجاز من باب ذكر السبب وارادة المسبب و
لهذا لم يفرق بين ان يكون الناذر في الكعبة او في غيرها فان قيل فاذا كان اللفظ استعارة لا لتزام
الحج كان اللفظ غير منظور اليه كما اذا نذر ان يضرب بثوبه حطيم الكعبة فحينئذ ينبغي ان لا يلزمه المشي
في طريق الحج كما لا يلزمه هناك ضرب الحطيم بثوبه وانما يجب اهداء الثوب لمكة لكون اللفظ عبارة عنه
اجيب بان للحج ماشيا فضيلة ليست له راكبا قال صلى الله عليه وسلم من حج ماشيا فله بكل خطوة حسنة
من حسنات الحرم قال واحدة بسبعمائة فاعتبر لفظا لايجاب المشي لاحراز تلك الفضيلة ومعنى
في ايجاب الحج او العمرة لاجماعهم على ذلك المتعارف وفيه نظر لانه يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز والاولى
ان يقال هذه اللفظة في العرف يستعمل للحج او العمرة ماشيا لان الحقيقة مرادة باللفظ ومجاز بمعناه
واما الوجه الثاني ففيما اذا قال علي الخروج او الذهاب او السعي او السفر او الركوب او الاتيان الى
بيت الله او المشي الى الصفا والمروة لم يلزمه شيء لعدم الاثر والعرف فيه فكان باقيا على القياس
واما الوجه الثالث ففيما اذا قال علي المشي الى الحرم او الى المسجد الحرام قال ابو حنيفة رحمه الله لا شيء
عليه كما لو قال علي المشي الى الصفا والمروة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لزمه حجة او عمرة لان
الحرم شامل للبيت وكذلك المسجد فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه
وله ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف حتى يصير مجازا ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة
اللفظ فامتنع اصلا ومن قال عبدي حر ان لم احج العام ظاهر وقوله لكن لا تقبل بينة على النفي تيسيرا
نوقض بمسئلة السير الكبير رجلان شهدا على رجل انا سمعناه يقول المسيح ابن الله ولم يقل قول
النصارى فبانت امراته والرجل يقول وصلت بقولي قول النصارى جازت هذه الشهادة وان
قامت على النفي لانها قامت على نفي شيء احاط علم الشاهد به واجاب الامام قاضي خان ان هذه الشهادة
شهادة قامت على امر وجودي وهو سكوت الزوج عقيب قوله المسيح ابن الله ولكن قال الامامان
العلمان في التحقيق شمس الائمة وفخر الاسلام اذا قال الشاهدان الزوج لم يقل هذه الزيادة
الشهادة لان قولهما هذا بيان منهما لاحاطة علمهما بذلك فكان التمييز بين نفي ونفي معتبرا ولكنه ليس
مختار المصنف لافضائه الى الحرج وقوله ومن حلف لا يصوم ظاهر وقوله لانه يراد به الصوم التام
المعتبر شرعا اورد عليه ما لو قال والله لا اصوم من هذا اليوم وكان ذلك بعد ما اكل او شرب او
بعد الزوال صح يمينه بالاتفاق والصوم مقرون باليوم ومع ذلك لم يرد به الصوم الشرعي فان الصوم
الشرعي بعد الاكل او بعد الزوال غير متصور والجواب ان الدلالة قامت على ان المراد به ليس الصوم الشرعي

وهي كون اليمين بعد الاكل والزوال فانصرف الى الصوم اللغوي وانعقدت يمينه عليه بخلاف ما
نحن فيه فانه ليس فيه ما يمنعه عن الصوم الشرعي فينصرف اليه وقوله ولو حلف لا يصلي ظاهر
وقوله لا يحنث ما لم يصل ركعتين قيل عليه ينبغي ان لا يحنث بمجرد الاتيان بالركعتين ما لم يات
بالقعدة لان الصلوة لا يكون معتبرة بدون القعدة شرعا وليس بشيء لان الركعتين عبارة عن
صلوة تامة وتمامها شرعا انما تكون بالقعدة اشار الى ذلك بقيله لانه يراد به الصلوة المعتبرة [illegible]

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

قدم يمين لبس الثياب وغيره
على اليمين في الضرب والقتل اما لان يمين لبس الثياب اكثر وجودا منهما واما لان اليمين به متنوع
وجودا وعدما بخلاف الضرب والقتل ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك فهو هدي اي
صدقة تصدق به على فقراء مكة وكلامه واضح وقوله والمعتاد هو المراد يعني فصار كانه قال
من قطني او من قطن سلمكه وذلك اي سبب لغزل من قطن الزوج ملك الزوج لما غزلته و
قوله ولهذا ايضاح لقوله وذلك سبب لملكه يعني انها اذا غزلت من قطن مملوك للزوج وقت
الحلف كان ذلك سببا لان يملك الزوج غزلها مع ان القطن ليس بمذكور وما ذاك الا باعتبار ان
غزل المراة سبب لملك الزوج لما غزلته في العرف والعرف لا يفرق بين ان يكون القطن مملوكا
وقت الحلف او لم يكن وقوله ومن حلف لا يلبس حليا بفتح الحاء وسكون اللام وهو ما يتحلى به النساء من
ذهب وفضة او جوهر واستدل بابا حتها استعماله للرجال على ان الخاتم من فضة ليس بحلي لانه لو كان
حليا لحرم على الرجال لان التزين بالذهب والفضة حرام على الرجال ولما جاز التختم بالفضة لهم
لقصد الختم وله او لغيره لم يكن حليا او كان ناقصا في كونه حليا فكان مباحا وان كان من ذهب
حنث يعني كيفما كان يعني سواء كان فيه فص او لم يكن الخواتم ثلثه الذهب مطلقا والفضة
مفصوصة والحالف ان لا يلبس حليا يحنث بلبسهما والفضة الغير المفصوصة ولا يحنث
بلبسه وقوله ولو لبس عقد لؤلؤ ظاهر والعقد بالكسر هو القلادة والترصيع التركيب يقال تاج مرصع [illegible]
بالجواهر وقوله حتى سمي به في القران اي بالحلي يريد به قوله تعالى وتستخرجون منه حلية تلبسونها وقوله
يحلون فيها من اساور من ذهب ولؤلؤا جعل اللؤلؤ حليا بجعله تفسيرا لقوله يحلون وقوله ومن حلف لا
ينام على فراش يريد على فراش بعينه بدليل قوله وان جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لا يحنث فانه لو كان
على حقيقة منكرا يحنث في هذه الصورة ايضا لانه على فراش وقوله لانه تبع له فلا يعتبر حائلا يشير
الى انه لو نزع ثيابه وطرحه على الارض وجلس عليه لم يحنث لانه حينئذ لم يبق ثوبه تبعا له فصار بمنزلة
البساط والحصير وقوله ولو حلف لا يجلس على سرير ظاهر مما تقدم والله اعلم

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره

يريد بالغير الغسل والكسوة وقد تقدم وجه ذكر المناسبة في الباب المتقدم من

قال

قال ان ضربتك فعبدي حر فمات فضربه فهو على الحيوة لان الضرب اسم لفعل مولم يتصل بالبدن
وهو لا يتحقق في الميت لانتفاء الايلام فيه ونوقض بقوله تعالى وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا
تحنث فقد بر ايوب عليه السلام في يمينه بالضرب بهذا الذي ذكر ولم يوجد الايلام لان الضغث
عبارة عن الحزمة الصغيرة من ريحان او حشيش فلم يكن بمجموعه ايلام فكيف لاجزائه واجيب
بانه جاز ان يكون هذا حكما ثابتا بالنص في حق ايوب عليه السلام خاصة اكراما له في حق امرأته
تخفيفا عليها لعدم جنايتها على خلاف القياس فلا يلحق غيره به هذا اذا لم يكن لاجزاء الضغث
ايلام على ما ذكر من تفسير الضغث وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما ان الضغث عبارة عن
قبضة من الشجر فجاز ان يصيبها الم اجزائها وكان حكمه باقيا في شريعتنا ايضا وتمام الكلام فيه
في الكشاف وذكر في شرح الطحاوي ومن حلف ليضربن فلانا مائة سوط فضربه بها ضربة واحدة
ان وصل اليه كل سوط بحياله بر في يمينه والايلام شرط فيه لان المقصود من الضرب الايلام و
قوله ومن يعذب في القبر جواب عما يقال قولكم الايلام لا يتحقق في الميت يشكل بعذاب الميت
في القبر وقيد بقول العامة احترازا عن قول الصالحين الصالحي فان الميت عنده يعذب من غير
حيوة ولا يشترط الحيوة لتعذيب الميت وقوله وكذلك الكسوة يعني ان قال ان كسوتك فعبدي
حر فكساه بعد الموت لا يحنث وقوله لانه يراد بها اي بالكسوة على تاويل الاكساء والتمليك عند
الاطلاق ومنها الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق الا ان ينوي بها اي بالكسوة الستر
فحينئذ يحنث لان فيه تشديدا عليه وقوله وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس دون التمليك وهو قول
الفقيه ابي الليث ومعناه انه يحنث لانه اذا حلف لا يلبس فلانا فالبسه وهو ميت حنث لان الا لباس
عبارة عن الستر والتغطية والميت محل لذلك وقوله وكذا الكلام والدخول يعني اذا حلف لا يكلم
فلانا او حلف لا يدخل على فلان فكلمه او دخل عليه بعد ما مات لا يحنث في يمينه لان المقصود
من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد بالدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو فان
قيل قد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كلم اصحاب القليب حيث سماهم باسمائهم فقال هل وجدتم
ما وعد ربكم حقا فقد وجدت ما وعدني ربي حقا اجيب بان ذلك كان معجزة له صلى الله عليه وسلم وقوله
ويتحقق ذلك يعني التطهير في الميت الا يرى ان من صلى وهو يحمل ميتا مسلما لم يغسل لا يجوز و
ان كان مغسولا جازت ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها او عنقها او عضها حنث حنقها خ
لانه اسم لفعل مولم يتصل بالبدن وقد تحقق الايلام في هذه الافعال وقيل لا يحنث في حال الملاعبة
او وجعها والمها لانه يسمى في العرف ممازحة لا ضربا وهو منقول عن الامام فخر الاسلام
وقوله ومن قال ان لم اقتل فلانا ظاهر وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكر في شرح الطحاوي

فقال فيه ولو كان يعلم ان الكوز لا ماء فيه فحلف وقال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز
اليوم فامرأته طالق حنث بالاتفاق وروى عن ابي حنيفة رحمه الله في رواية اخرى انه لا يحنث
علم او لم يعلم وهو قول زفر وهو الصحيح لانه عقد اليمين على شرب الماء الموجود في الكوز و
الله تعالى ان احدث في الكوز ماء فليس هو الماء الذي كان موجودا في الكوز وقت الحلف لان
الماء الذي اضيف اليه الشرب لا يحتمل الوجود اذ الحادث غيره بخلاف مسئلة القتل اذا كان
يعلم بموت فلان لانه عقد يمينه على فعل القتل في فلان فاذا احياه الله تعالى فهو فلان كقوله تعالى
فاماته الله مائة عام ثم بعثه وكان عقد عليه اليمين متوهما او العادي منسوب الى العادة كالارادي
منسوب الى الارادة فان تاء التانيث تحذف في النسبة والله اعلم **باب اليمين في تقاضي
الدراهم** لما كانت الدراهم من الوسايل دون المقاصد في المعاملات وغيرها اخر اليمين التي تتعلق بها
وخص الدراهم بالذكر لكونها اكثر استعمالا ولقب الباب بالتقاضي والمسائل المذكورة فيه بلفظ القضاء
والقبض والعدد لان التقاضي سبب للقضاء والقبض فلقب بما هو سبب لما هو المذكور فيه هذا ما قاله
الشارحون واقول جميع ما ذكره في الكتاب من المسائل مبناه على التقاضي على ما صرح بذكره عند
راس كل مسئلة والاصل في هذا الباب ان الديون تقضى بامثالها وان العاجل بعدم الحنث في ان ما دون
الشهر قريب وما فوقه بعيد **قال** ومن حلف ليقضين دينه تقاضى الرجل دينه والح فحلف
غريمه ليقضين دينه الى قريب فهو ما دون الشهر وان قال الى بعيد فهو اكثر من الشهر لما ذكره
في الكتاب وجعل الشهر ايضا بعيدا لانه في العرف يعد بعيدا وان اراد في التقاضي فحلف ليقضين دينه
اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا او نبهرجة او مستحقة بر في يمينه لما ذكره في الكتاب
والزيف ما يرده بيت المال والنبهرج ما يرده التجار وسياتي في كتاب البيوع وقوله فوجد شرط بره
يعني قضاه دينه في اليوم وقبض المستحقة صحيح الا يرى انه لو اشترى به شيئا فاخذها بقي البيع
صحيحا ولو لم يصح قبض المستحقة لبطل البيع لكونه بلا ثمن ولا يرتفع برده اي برد ما قبض من
الزيوف والنبهرجة او المستحقة البر المتحقق لان اليمين لما انحلت لوجود الشرط لم تقبل الا
الفسخ والانتقاض كالكتابة فان مولى المكاتب اذا ردها لبدل لكونه زيفا او نبهرجا او الاسترداد بالا
ستحقاق لا ينتقض العتق بخلاف قضاء الدين فانه ينتقض برد المقبوض لعيب او الاستحقاق
لان مبناه المقاصة وقد ذكرناه وقوله وان وجدها رصاصا ظاهر وقوله لان قضاء الدين
طريقه المقاصة بيانه ان ما يقبضه رب الدين يصير مضمونا عليه لانه يقبضه لنفسه على وجه التملك
ولرب الدين على المديون مثله اي مثل ما في ذمته فيلتقيان قصاصا وقد تحققت بحجر البيع لان
ثمن العبد آخر الدينين فيكون قضاء عن الاول وانما كان طريق قضاء الدين المقاصة لان قضاء الدين

حنيفة

حنيفة لا يتصور لان القضاء يصادف العين وحق صاحب الدين في وصف في الذمة ولهذا قالوا
الديون تقضى بامثالها وقوله وكانه شرط القبض كانه اشارة الى الجواب عما يقال لو تحققت المقاصة
بمجرد البيع لما قال محمد رحمه الله في الجامع الصغير ويقبضه ووجهه ان اشتراط القبض ليكون
هذا الدين مثل الدين الذي للمشتري عليه لان ما له من الدين عليه متقرر وثمن العبد غير متقرر
قبل القبض لانه على شرف السقوط بموته فاذا قبضه صار متقررا فيكون مثله فيتقاصان وان و هبه له
اي وان وهب الداين دينه للمديون لم يبر الحالف لعدم المقاصة لان المحلوف عليه فعله وهو القضاء
والهبة ليست فعله لانها اسقاط من صاحب الدين وانما قال لم يبر لانه اعم من الحنث فكانه
اشار بذلك الى انه لم يبر ولم يحنث عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لفوات المحلوف عليه وهو الدين
وفوات المحلوف عليه عندهما جهة في بطلان اليمين كما في مسئلة الكوز على ما تقدم قال بعض الشار حين
ولنا فيه نظر لانه حينئذ يلزم ارتفاع النقيضين وهو فاسد بعبرة لان البر نقيض الحنث فمن
وجود احدهما يلزم ارتفاع الآخر ومن ارتفاع احدهما يلزم وجود الاخر فلا يجوز ان يرتفعا جميعا واقول
ليسا بنقيضين على اصطلاح اهل المعقول وغير الحالف لا يتصف باحدهما وشان النقيضين
ليس كذلك فاذا بطل اليمين بفوات تصور البر صار كغير الحالف من الناس فيجوز ان لا يتصف
بواحد منهما واذا تقاضى دينه فقال ان قضيته منجما فحلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه
لم يحنث حتى يقبض الجميع متفرقا لان شرط الحنث امر مركب من قبض الكل بوصف التفرق الا انه اضاف
القبض الى دين معرف مضاف اليه وهو اسم لكل ما له عليه فينصرف الى الكل والمركب ينتفي بانتفاء جزئه
فاذا وجد احدهما دون الاخر لم يحنث وههنا ان فات عدم التفرق لم يوجد قبض الجميع وقوله
فان قبض دينه في وزنين ظاهر ومن تقاضى من غريمه مائتين فقال ان لم اخذ كل المقدار فلم يصدق
فقال ان كان لي الا مائة درهم فامرأته طالق وليس له الا خمسين درهما لم يحنث لما ذكره في الكتاب
وقوله ولان استثناء المائة استثناء بجميع اجزائها يعني فكان استثناء الخمسين داخلا تحت استثناء
المائة لان الخمسين من اجزاء المائة فلذلك لا يحنث **مسائل متفرقة** اي هذه المسائل التي
اذكرها مسائل متفرقة ومن دأب المصنفين ذكر ما شذ من الابواب في آخر الكتاب واذا
حلف لا يفعل كذا تركه ابدا اليمين على فعل الشيء او تركه لا يخلو اما ان يكون موقتة بوقت كيوم
وشهر او مطلقة فان كان الثاني وهو المذكور في الكتاب وان كان على الترك تركه ابدا وان كان
على الفعل بر بفعله مرة على اي وجه كان ناسيا او عامدا مختارا او مكرها او بطريق التوكيل لان
الفعل مشتمل على مصدره اشتمال الكل على الجزء وهو منكر لعدم الحاجة الى التعريف والنكرة في سياق
النفي تعم فيجب عموم الامتناع وفي الاثبات تخص فان فعله في صورة النفي مرة حنث وان فعله في

صورة الاثبات مرة بر وانما يحنث بوقوع الياس عنه وذلك بموت الحالف او بفوت محل الفعل و
لم يذكره في الكتاب فانه لا يحنث فيه قبل مضي الوقت وان وقع الياس بموته او بفوت المحل لان
الوقت مانع من الانحلال اذ لو انحل قبل مضي الوقت لم يكن للتوقيت فايدة واذا استحلف الوالي
رجلا ليعلمنه بكل داعر اي مفسد خبيث من الدعارة وهي الخبث والفساد دخل البلد
كان الاعلام واجبا حال ولايته خاصة وليس يلزمه الاعلام حال دخوله وانما يلزمه ان لا يوخر
الاعلام الى ما بعد موت الوالي وعزله على ظاهر الرواية لان المقصود منه اي من الاعلام دفع شر
اي شر نفس الداعر او شر غيره بزجره فان الوالي اذا زجره وادبه لدعارته ينزجر غيره عن الدعارة
لو كانت في قصده ونيته وهذا المقصود انما يفيد فايدته اذا كان الوالي قادرا على تنفيذه وذلك
بالسلطنة والسلطنة تزول بالموت لا محالة وكذا بالعزل في ظاهر الرواية وانما قيد بظاهر الرواية
احترازا عما روي عن ابي يوسف رحمه الله انه يجب الاعلام على الحالف بعد عزل المستحلف ايضا لانه مقيد
في الجملة وقوله ومن حلف ان يهب على ما ذكره في الكتاب واضح واختلف اصحابنا في ثبوت الملك
قبل القبول فمنهم من قال بثبوته الا انه بالرد ينتقض دفعا للضرر المنة ومنهم من قال بعدمه
لاحتمال ان يكون الموهوب محرما للموهوب له فيعتق عليه فلا يمكن دفع الضرر فيتوقف
الثبوت على القبول بخلاف البيع والاجارة وكل عقد فيه بدل لانه يملك من الجانبين فكان تاما
بهما ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لا يحنث لانه اسم لما لا ساق له وله ساق
قيل هذا التفسير للامام فخر الاسلام وقلده الصدر الشهيد والمصنف وفيه نظر لانه لم يثبت
في قوانين اللغة الريحان بهذا التفسير اصلا وجوابه ان معنى قولهما اسم لما لا ساق له ان لساقه
رايحة طيبة كما للورقة واصطلح عليه الفقهاء وان لم يثبت في اللغة على ان العدم في اللغة موقوف
على الاستقراء التام في اوضاع اللغة وهو متعذر وقيل في الضابط بين الورد والريحان ان
ما ينبت من بزره مما لا شجر له ولعينه رايحة مستلذة فهو ريحان وما ينبت من الشجر و
لورقه رايحة مستلذة فهو ورد ومن حلف لا يشتري بنفسجا فاشترى دهن بنفسج
حنث اعتبارا للعرف ولهذا يسمى بايعه بايع البنفسج والشراء يبتنى عليه اي على البيع وهذا
في عرف اهل الكوفة وقيل في عرفنا يقع على الورق وان حلف على الورد فاليمين لانه اي الورد
حقيقة فيه اي في ورق الورد والعرف مقرر له اي لوقوع اليمين على الحقيقة يعني ان اسم الورد
على الورق حقيقة وفي العرف ايضا يفهم منه ذلك فكان العرف مقررا للوقوع على الحقيقة وفي
البنفسج قاض عليه اي غالب راجح يعني ان اسم البنفسج يقع على عين البنفسج حقيقة كما هو مذهب
الشافعي لا على دهنه ولكن العرف غير تلك الحقيقة من عينه الى دهنه فكان العرف غالبا وراجحا

اعتبارا للعرف

مطلب كتاب الحدود

اسم البنفسج على حقيقته

كتاب الحدود

لما فرغ من ذكر الايمان وكفاراتها الدايرة
بين العبادة والعقوبة اورد عقيبها العقوبات المحضة ومحاسن الحدود كثيرة لما انها
ترفع الفساد الواقع في العالم وتحفظ النفوس والاعراض والاموال سالمة عن الابتذال و
اسبابها فسبب كل منها ما اضيف اليه الحد الزنا حد القذف وغيرهما واما تفسيره لغة وشريعة
والقصد الاصلي من شرعه وهو الحكم فقد ذكره في الكتاب وقوله الانزجار عما يتضرر به العباد
يريد به افساد الفراش واضاعة الانساب واتلاف الاعراض والاموال وكلامه يشير الى ان الحد
يشتمل على مقصد اصلي اي يتحقق بالنسبة الى الناس كافة وهو الانزجار عما يتضرر به العباد وغير
اصلي وهو الطهرة عن الذنوب وذلك يتحقق بالنسبة الى من يجوز زوال الذنوب عنه لا بالنسبة الى الناس
كافة ولهذا شرع في حق الكافر الذمي ولا يطهر عن ذنبه باجراء الحد عليه قال الزنا يثبت بالبينة
والاقرار الزنا يمد ويقصر فالقصر لغة اهل الحجاز قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا والمد لاهل نجد قال
الفرزدق ابا حاضر من يزن يعرف زناؤه ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكرا يخاطب رجلا يكنى
ابا حاضر والخرطوم الخمر والمسكر بفتح الكاف المخمور وتفسيره في الشرع قضاء المكلف شهوته في قبل
امراة خالية عن الملكين وشبهتهما الا شبهة الاشتباه وتمكين المراة من ذلك واختير لفظ القضاء
اشارة الى ان مجرد الايلاج زنا ولهذا يثبت به الغسل والمكلف ليخرج الصبي والمجنون والمراد
بالملكين ملك النكاح وملك اليمين وبشبهة ملك النكاح ما اذا وطئ امراة بغير شهود او بغير اذن
وما اشبهه وبشبهة ملك اليمين ما اذا وطئ جارية ابنه او مكاتبه وعبده الماذون المديون
وبشبهة الاشتباه ما اذا وطئ الابن جارية ابيه على ظن انها تحل له والزنا يثبت بالبينة والاقرار
قال المصنف والمراد ثبوته عند الامام وانما قال كذلك لان الزنا على التفسير المذكور يثبت بفعلهما و
يتحقق في الخارج وان لم يكن هناك لا بينة ولا اقرار وانما الحصر في ذلك لانه لا يظهر ثبوته بعلم القاضي
لانه ليس بحجة في هذا الباب وكذا ساير الحدود الخالصة لقوله تعالى فان لم ياتوا بالشهداء فاولئك عند الله
هم الكاذبون وقوله معرة ومضرة المضرة ضرر ظاهر على البدن والمعرة يتصل بدينه ويسري الى باطنه
من لحوق العار بانتسابها الى الزنا وقوله فالبينة ان يشهد اربعة من الشهود ظاهر وقوله ولان في
اشتراط الاربعة تحقيق معنى الستر احتراز عن قول ان اشتراط الاربع لان الزنا لا يتم الا باثنين
وفعل كل واحد لا يثبت الا بشهادة شاهدين فانه ضعيف لان فعل الواحد كما يثبت بشهادة شاهدين
كذلك يثبت بها فعل الاثنين وانما الصواب ان الله تعالى احب الستر على عباده وشرط زيادة العدد تحقيقا
لمعنى الستر وقوله وهو اي الستر مندوب اليه قال صلى الله عليه وسلم من اصاب منكم من هذه القاذورات شيا
فليستتر بستر الله وقال صلى الله عليه وسلم من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والاخرة والاشاعة ضده اي اظهار الزنا

تزوجها

ضد ستر الزنا فكان وصف الاشاعة على ضد وصف الستر لا محالة ثم لما كان الستر امرا مندوبا اليه كانت الاقامة
امرا مرتبا وَاذا شهدوا سألهم الامام عن الزنا ما هو احترازا عن الغلط في الماهية ~~وكيف هو احترازا عن الغلط~~
في الماهية وكيف هو احترازا عن الغلط في الكيفية واين زنا احترازا عنه في المكان ومتى زنا احترازا عنه
في الزمان وعن المزنية احترازا عنه في المفعول به وتدرء على وجوب السؤال عن هذه الاشياء النقل والعقل
اما الاول فما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما عزا الآن ذكر الكاف والنون يعني كلمة نكتها لكونه صريحا
في الباب والباقي كناية واما العقل فلان الاحتياط في ذلك واجب لانه قد كان الفعل في غير الفرج عناه
فلا يكون ماهية الزنا ولا كيفيته موجودة او زنى في دار الحرب وهو لا يوجب الحد او في المتقادم وذلك
يسقط الحد او كانت له في المزنية شبهة لم يطلع عليها الشهود كوطي جارية الابن فيستقصى في ذلك
احتيالا للدرء فاذا بينوا ذلك وقالوا رايناه وطئها في فرجها بيانا للماهية فالمزني بها كالميل في المكحلة
في بيان كيفيته وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلانية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة
احتيالا للدرء لان النبي صلى الله عليه وسلم امر بذلك قال ادرؤا الحدود ما استطعتم بخلاف ساير الحقوق
عند ابي حنيفة رح حيث اكتفى به بظاهر العدالة وهو الاسلام وتعديل السر والعلانية ياتي في باب
الشهادات ان شاء الله تعالى قال في الاصل يحبسه حتى يسأل عن الشهود لانه لو خلى سبيله هرب فلا
يظفر به بعد ذلك ولا وجه الى اخذ الكفيل نوع احتياط فلا يكون مشروعا فيما بني على الدرء فان قيل
الاحتياط في الحبس اظهر اجيب بان حبسه بطريق التعزير للاتهام بالجناية وقد صح ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة والفرق بينه وبين الديون سياتي ان شاء الله تعالى قال
والاقرار ان يقر العاقل البالغ صورة المسئلة ظاهرة على ما ذكره وقوله اعتبارا بساير الحقوق العدد معتبر
في الشهادة دون الاقرار فكذلك هاهنا وقوله بخلاف زيادة العدد في الشهادة يعني انها يفيد زيادة
في طمانية القلب وتكرار الكلام ليس كذلك ولنا حديث ماعز رضي الله عنه فانه جاء الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال زنيت فطهرني فاعرض عنه فجاء الى الجانب الآخر وقال مثل ذلك فاعرض
عنه فجاء الى الجانب الثالث وقال مثل ذلك فاعرض عنه فجاء الى الجانب الرابع وقال مثل ذلك
فلما كان في المرة الرابعة قال النبي صلى الله عليه وسلم الآن اقررت اربعا فبمن زنيت قال بفلانة
قال لعلك قبلتها لعلك باشرتها فابى الا ان يقر بصريح الزنى فقال ابك خبل ابك جنون وفي رواية
بعث الى اهله هل تنكرون من عقله شيئا فقالوا لا فسال عن احصانه فاخبر انه محصن فامر
برجمه وعن ابي بريدة رضي الله عنه قال كنا نتحدث في اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان ماعزا لو قعد في بيته بعد المرة الثالثة ولم يقر لم يرجمه رسول الله صلى الله عليه وسلم فهذا
يدل على ان هذا الحكم كان متعارفا فيما بينهم ووجه الاستدلال بالحديث ما اشار اليه بقوله فانه اخر

تمام عزما م

الكفيل منه لان اخذ

الاقامة وبيانه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اخر اقامة الحد الى ان تم الاقرار اربع مرات فلو
كان الاقرار مرة واحدة كافيا لم يؤخر لان اقامة الحد عند ظهوره واجبة وتاخير الواجب
لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم فان قال قائل اذا لم يثبت الحد باقراره مرة واحدة فقد
اعترف بوطي لا يوجب الحد فيجب المهر واذا وجب المهر لا يجب الحد من بعد لان العقر والحد لا
يجتمعان في وطي واحد اجيب بان الاقرار اربع مرات لما اعتبر حجة لاثبات الزنا لم يتعلق
وجوب المهر بالاقرار وانما الحكم موقوف فان تمت الحجة وجب الحد وان لم يتم وجب المهر فان قيل
انما اعرض النبي صلى الله عليه وسلم لانه استراب في عقله فقد جاء اشعث اغبر متغير اللون الا انه
لما اصر على الاقرار ودام على نهج العقلاء قبل بعد ذلك ثم ازال الشبهة بالسؤال ابك خبل ابك
جنون اجيب اما تغير الحال فدليل التوبة والخوف من الله لا دليل الجنون وانما قال النبي صلى الله
عليه وسلم ابك جنون تلقينا لما يندرئ به الحد كما قال لعلك وطئتها ليرجع عن الزنا الى الوطي بشبهة
فيسقط الحد به عنه وقال للسارق اسرقت ما اخاله سرق والدليل عليه ما روي ان ابا بكر رضي
الله عنه قال لماعز لما اقر ثلثا ان اقررت الرابعة رجمك فثبت ان هذا العدد كان ظاهرا عندهم
وقوله ولان الشهادة دليل معقول يتضمن الجواب عن اعتباره بساير الحقوق وتقريره ان ساير الحقوق
ليس نصاب الشهادة فيه اربعة ونصابها هاهنا ذلك فلما كانت احدى الحجتين مختصة بزيادة
ليست في ساير الحقوق فكذلك في الحجة الاخرى اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد
من اختلاف المجالس لما روينا من انه صلى الله عليه وسلم اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات
في اربعة مجالس ولان لاتحاد المجلس اثرا في جمع المتفرقات فعنده اي عند الاتحاد تتحقق شبهة الاتحاد
في الاقرار الا يرى الى ما جاء في حديث ماعز من اقراره خمس مرات وكان منها مرتان في جهة واحدة
فلم يعتبر ذلك ولم يذهب اليه احد من المجتهدين والاقرار قايم بالمقر فيعتبر اتحاد مجلسه في دفع
الحد وفي بعض النسخ فيعتبر اختلاف مجلسه اي في وجوب الحد وقيل يعتبر مجلس القاضي ورده
المصنف بقوله دون مجلس القاضي وقوله والاختلاف بان يرده القاضي ظاهر وقوله لان تقادم العهد
يمنع الشهادة دون الاقرار دليله ان التقادم في الشهادة مانع لتهمة الحقد وهي غير موجودة في الاقرار
وسياتي بيان التقادم في باب الشهادة على الزنا وقوله كما اذا وجب بالشهادة يعني ان الحد لا يبطل
بانكار المشهود عليه بعد شهادة الشهود عليه فكذا لا يبطل بانكاره بعد الاقرار لانهما حجتان فيه فيعتبر
احديهما بالاخرى وصار كالقصاص وحد القذف لا يقبلان الرجوع بعد الثبوت بالاقرار وقوله فيتحقق
الشبهة بالاقرار يعني بالتعارض الواقع من الخبرين المحتملين للصدق والكذب من غير مرجح لاحدهما وقوله وهذا
قريب من الاول في المعنى اي قوله لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة قريب من قوله لعلك مسستها في المعنى من حيث

غيره

فصل في كيفية الحد واقامته

ان كل واحد منهما تلقين للرجوع لما انه لو قال في كل واحد منهما نعم سقط الحد
ذكر هذا الفصل عقيب ذكر الوجوب الحد لان اقامة الحد بعد وجوبه ووقوعا فاخره ذكرا وكلامه واضح
قوله وعلى هذا اجماع الصحابة رضي الله عنهم اي على وجوب الرجم اذا كان الزاني محصنا وذهب الخوارج الى
ان الحد في الزنا الجلد ليس الا لانهم لا يقبلون اخبار الاحاد وذلك خرق منهم للاجماع على ان حديث ماعز
مشهور تلقته الامة في الصدر الاول بالقبول والزيادة على الكتاب بمثله جايز وقوله فان امتنع الشهود
قال في الايضاح ولو امتنع الشهود او بعضهم او كانوا غيبا او ماتوا او مات بعضهم او عمي بعضهم او اخرس
او جن او ارتد او قذف فحد لم يرجم المشهود عليه في قول ابي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف
رحمهم الله وروي عنه انهم اذا امتنعوا او غابوا رجم الامام ثم الناس وكذا في الذخيرة ايضا فعلى هذا ما قيل
بظاهر الرواية راجع الى امتناع الشهود عن الرجم بعد الحضور الى آخره وليس بمختص بقوله وكذا اذا ماتوا او غابوا
واذا سقط بامتناع احدهم هل يحد الشهود ولا ذكر في المبسوط انه لا يقام الحد على الشهود لانهم ثابتون
على الشهادة وانما امتنع بعضهم من مباشرة القتل وذلك لا يكون رجوعا عن الشهادة على الزنا واعلم ان ظاهر
الرواية يقتضي اعتبار شبهة الشبهة وهي غير معتبرة فتامل والغامدية امراة من غامد حي من الازد وفي
حديثها لقد تابت بتوبة لو تابها صاحب مكس لغفر له وقوله الا انه انتسخ في حق المحصن بيانه ان قوله تعالى
الزانية والزاني فاجلدوا الاية عام في المحصن وغيره الا انه انتسخ في حق المحصن باية اخرى نسخ تلاوتها
وبقي حكمها روى ابن عباس رضي الله عنهما ان عمر بن الخطاب خطب فقال ان الله تعالى بعث محمدا صلى الله عليه وسلم
بالحق وانزل عليه الكتاب فكان فيما انزل عليه آية الرجم فقراناها ووعيناها ورجم رسول الله عليه السلام ورجمنا
من بعده واني خشيت ان طال بالناس الزمان ان يقول قائل ما نجد آية الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة
انزلها عز وجل فالرجم حق على من زنى من الرجال والنساء اذا كان محصنا اذا قامت البينة او كان حمل او
اعتراف وايم الله لولا ان يقول الناس زاد عمر في كتاب الله لكتبتها يريد به الشيخ والشيخة اذا زنيا
فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم وكانت خطبته هذه بحضرة الصحابة ولم ينكر عليه احد فكانت
هذه الاية نسخت حكم عموم قوله تعالى فاجلدوا في غير المحصن وانتسخت تلاوتها بصرفها عن القلوب بحكمة
يعلمها الله وقوله بسوط لا ثمرة له قال في الصحاح ثمر السياط عقد اطرافها ومنه يامر الامام بضربه بسوط لا ثمرة
له يعني العقدة وقيل المراد بالثمرة ذنبه وطرفه لانه اذا كان لمثل ذلك يصير الضربة ضربتين وهذا اصح لما روي
ان عليا رضي الله عنه جلد الوليد بسوط له طرفان وفي رواية له ذنبان اربعين جلدة فكان الضربة ضربتين
والاول هو المشهور في الكتب والمبرح ماخوذ من برحاء الحمى وغيرها يقال برح به الامر تبريحا اي غلظ
عليه واشتد والمذاكير جمع الذكر الذي هو العضو وهو جمع على خلاف القياس كانهم فرقوا بذلك بين الذكر الذي
هو الفحل وبين الذكر الذي هو العضو وانما ذكر بلفظ الجمع ههنا مع افراد قرينه وهو الوجه لانه اراد به ذلك العضو

المعين

المعين وما حصله كقولهم شابت مفارق راسه كذا في الصحاح وقوله من دعاة الكفرة الدعاة جمع داع
كالقضاة جمع قاض اي كان يدعو الناس اليهم وقوله لانه زيادة على المستحق قالوا الا ان يعجزهم عن الضرب
قياما فلا باس حينئذ ان يشدوا باسارية ونحوها قال وان كان عبدا او امة ان كان الذي زنى عبدا او
امة جلده الامام خمسين جلدة لقوله تعالى فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب
نزلت في الاماء ودخل تحت حكمها العبيد وهو خلاف المعهود لان المعهود ان تدخل النساء تحت حكم
الرجال بطريق التبعية وكان هذا الاسلوب والله اعلم بناء على ان اسباب الزنا فيهن ودعوتهن اليه غالبة
كما في تقديمهن في قوله تعالى الزانية والزاني ثم العذاب المذكور في الاية الجلد دون الرجم لانه لا يتنصف
وقوله لان الجناية عند توافر النعم افحش اصله قوله تعالى يا نساء النبي من يات منكن بفاحشة مبينة
يضاعف لها العذاب ضعفين وقوله بما روينا يعني من حديث علي رضي الله عنه يضرب الرجال في الحدود
قياما والنساء قعودا الثندوة الاول والواو وبالضم والهمز مكان الواو في الحالتين مضمومة
ثدي الرجل ولحم الثدي والهمدانية انما هي بسكون الميم منسوبة الى همدان بسكون الميم حي من العرب
وقوله لما روينا يعني من حديث الغامدية حيث حفر لها الى الثندوة وقوله والربط والامساك غير مشروع
يعني الا ان يعجزهم كما ذكرناه وقوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم اربع الى الولاة وذكر منها الحدود ورواه
ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهم والثلاثة الباقية الصدقات والجمعات والفيء
وقوله ولان الحدود حق الله تعالى مشروع يتعلق به نفع العالم على الاطلاق والتنكير ليتناول ما لنا او
ما علينا وقولي على الاطلاق لاخراج حق العبد فانه مشروع يتعلق به نفع العالم بالتخصيص كحرمة
مال الغير مثلا فانما حق العبد لتعلق صيانة ماله بها فلهذا يباح باباحة المالك ولا يباح الزنى باباحة
المراة ولا باباحة اهلها وتمام التقرير فيه مذكور في التقرير وقوله واحصان الرجم انما قيد
الاحصان بالرجم احترازا عن احصان القذف فانه غير هذا على ما يجيء ان شاء الله احصان الرجم
مشروط بسبع شرايط ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امراة نكاحا صحيحا ودخل بها
وهما على صفة الاحصان هذا على قول المتقدمين واما المتاخرون فقد قالوا شرايط الاحصان على
الخصوص منها شيئان الاسلام والدخول بالنكاح الصحيح بامراة هي مثله وهذا الشرط الثاني
مركب من ثلثة من ذلك واما العقل والبلوغ فشرط الاهلية للعقوبة لعدم الخطاب بدونهما واما
الحرية فشرط تكميل العقوبة بشرط تكامل النعمة والمصنف رحمه الله وافق المتاخرين في جعل العقل والبلوغ
شرطا لاهلية العقوبة وجعل الباقية شرطا لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة لان كفران النعمة يتغلظ عند
تكثرها وتغلظها يستدعي تغلظ العقوبات وهذه الاشياء من جلايل النعم فكفرانها يكون سببا لافحش العقوبات
وهو الرجم بالحجارة الى الموت ليكون ثبوت الحكم بقدر سببه والمحصل الشرايط على هذا العدد لان الرجم

بالزنا قد شرع عند استجماعها فيناط بها والشرف والعلم والجمال والحسب وان كانت من جلايل النعم ايضا الا
ان الشرع لم يرد باعتبارها ونصب الشرع بالراي متعذر وقوله ولان الحرية دليل على الاقتصار على تلك النعم يط
يتضمن ان لها مدخلا في الاستغناء عن الزنا دون غيرها من العلم والشرف وذلك لان الحرية ممكنة من النكاح
الصحيح لان الحر يتولى امور نفسه ليس تحت ولاية احد والنكاح الصحيح ممكن من الوطي الحلال لا محالة
والدخول به يشبع بالحلال والاسلام ممكن من نكاح المسلمة ومؤكد اعتقاد الحرمة فيكون كل مزجرة عن
الزنا والجناية عند توافر الزواجر اغلظ ولقايل ان يقول في العلم باحوال الآخرة وما يترتب على الزنا من
الفساد عاجلا والعقوبة اجلا من الزواجر لا محالة والجمال في المنكوحة مقنع للزوج عن النظر الى غيرها و
الشرف مردع عن لحوق معرة الزنا وعقابه فكان الواجب ان يكون من شرايطه والجواب ان المسلم لا يخلو
عن العلم بما ذكرت والجمال والشرف ليس لهما حد معلوم ينضبطان به فلا يكون معتبرة واما
وجه اشتراط كونهما على صفة الاحصان عند الدخول فسنذكره والشافعي رحمه الله يخالفنا في اشتراط
الاسلام وكذا ابو يوسف رحمه الله في رواية متمسكين بما روي مسندا الى ابن عمر رضي الله عنهما ان اليهود
جاؤا الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكروا له ان رجلا منهم وامراة زنيا فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم
ما تجدون من التوراة في شان الزنا قالوا نفضحهم ويجلدون فقال عبد الله ابن سلام كذبتم ان فيها الرجم
فاتوا بالتوراة فنشروها فجعل احدهم يده على اية الرجم ثم جعل يقرا ما قبلها وما بعدها فقال عبد
الله بن سلام رضي الله عنه ارفع يدك فرفعها فاذا فيها اية الرجم فقال صدق يا محمد فيها اية الرجم فامر
بهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجما قلنا ذلك بحكم التورية ثم نسخ يؤيده ما روى اصحابنا في كتبهم عن
ابن عمر رضي الله عنه من اشرك بالله فليس بمحصن وقوله والمعتبر في الدخول ايلاج في القبل على وجه يوجب
الغسل لبيان ما يحصل به الاحصان من الجماع وفيه نظر لانه ينافي ما تقدم من قوله والاصابة يشبع بالحلال
فان الشبع انما يكون بالانزال دون الايلاج عرف ذلك في حديث رفاعة حيث قال صلى الله عليه وسلم لا
حتى تذوقي من عسيلته بالتصغير وقوله وشرط صفة الاحصان فيهما ظاهر وقيل كيف يتصور ان
يكون الزوج كافرا والمراة مسلمة واجيب بان صورته ان يكونا كافرين فاسلمت المراة ودخل بها الزوج
قبل عرض الاسلام عليه لانه ما لم يفرق القاضي بينهما بالاباء عند عرض الاسلام فهما زوجان وقد مر
وابو يوسف يخالفنا في الكافرة اي في ان اسلام المنكوحة وقت الدخول بها شرط احصان الزاني فعنده
ليس بشرط حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة محصنا والحجة عليه اي على ابي يوسف ما ذكرناه يعني من قوله ولا
ايتلاف مع الاختلاف في الدين وقوله وقوله عليه السلام معطوف على قوله ما ذكرناه لا يحصن المسلم
اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد ذكره شمس الائمة السرخسي مرسلا في مبسوط
قال ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم في رواية عن احمد

يجمع بينهما لما روي عبادة بن الصامت رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم قال الثيب بالثيب جلد ماية
ورجم بالحجارة والبكر بالبكر جلد ماية ونفي سنة ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يجمع بينهما في ماعز والغامدية
ولا الصحابة بعده رضي الله عنهم وحديث عبادة بيان لقوله تعالى او يجعل الله لهن سبيلا
وحديث ماعز بعده فيكون ناسخا وقوله ولان الجلد يعرى ظاهر وقوله الشافعي رحمه الله
يجمع بينهما حدا اي في حد الزنا ينبغي للرجل والمراة جميعا لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب
عام لان التغريب من تتمة الحد فكما ان الرجل والمراة في حق الجلد سواء فكذلك في حق التغريب
ولان فيه اي في التغريب حسم مادة الزنا لقلة المعارف اي لقلة من يعرفهم ويعرفونه من
الاحباء والحبيبات لما ان الزنا انما ينشا من الصحبة والموانسة والتغريب قاطع لذلك ولنا
قوله تعالى فاجلدوا واجعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء ورجوعا نصبا على المصدر و
معناه ان الفاء للجزاء واذا ذكر الجزاء بعد الشرط بالفاء استقر كلامهم انه هو الجزاء الا
يرى اذا قال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق واحدة ليس جزاوها الشرط الا ما هو المذكور بعد
الفاء وقوله او الى كل المذكور اي رجوعا الى كل المذكور ومعناه انه ذكر الجلد دون النفي في موضع
الحاجة الى البيان فكان ما ذكره كل ما يحتاج اليه في البيان فلو بقي شيء يحتاج اليه ولم يبين لزم
الاخلال في البيان في موضع الحاجة والعمل بالحديث رواه نسخ للكتاب وهو لا يجوز وقوله ولان
في التغريب ظاهر وقوله ثم فيه اي في تغريب قطع مواد البقاء يعني ما يحتاج اليه من الماكول والملبوس
فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من اقبح وجوه الزنا لازدياد شرها وقوله وهذه الجهة مرجحة
لقول علي نقل بفتح الجيم وبكسرها فوجه الفتح ان هذه الجهة من العلة اقوى من علة الخصم لشهادة قول
علي لصحة ما قلنا ووجه الكسر ان الخصم ينكر صحة نقل قول علي رضي الله عنه فقال المصنف هذه الجهة من جهات
العلل يؤيد صحة قول علي فكانت اللام للصلة داخلة على المفعول كما في قوله تعالى والذين هم للزكاة
فاعلون وفي الوجه الاول كانت للتعليل فان قيل ان ما يصلح علة لا يصلح مرجحا وهذه الجهة علة
فكيف صلحت مرجحة اجيب بان هذه الجهة ليست بمثبتة للحد بل هي نافية حيث ان النفي ليس بحكم واجب
في الحد فيصلح للترجيح ففي مثل هذا الموضع يذكر التعليل موضحا بعضها بعضا فما اري اختيار
المصنف لفظ الجهة على لفظ العلة الا لهذا كذا في النهاية وقوله والحديث يعني قوله البكر بالبكر جلد
مائة وتغريب عام منسوخ كشطره وهو قوله الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف
طريقه في موضعه قيل يعني في طريقة الخلاف فان قيل هذا اثبات النسخ بالقياس اجيب بانه بيان لكون
الحديث منسوخا بناسخ ولم يبين ان الناسخ ما هو وحاصل ذلك ان حكم الزنا من الابتدا كان امساك
الزواني في البيوت حتى يتوفاهن الموت والايذاء باللسان فانتسخ ذلك بقوله عليه السلام خذوا عني

خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا ثم انتسخ هذا الحديث بقوله تعالى الزانية والزاني والدليل على ان الحديث
مقدم على قوله تعالى الزانية والزاني ان النبي عليه السلام قال خذوا عني ولو كان انتساخ امساك الزواني
في البيوت بقوله تعالى الزانية والزاني لقال عليه السلام خذوا عن الله وهذه الدلالة التي هي دلالة التقدم
ههنا مثل دلالة التقدم في حديث العرنيين والية اشار بقوله في الكتاب قد عرف طريقه في موضعه اي
دل في حديث العرنيين دال على انه مقدم على قوله صلى الله عليه وسلم استنزهوا البول وهو حجة المثلة فكذلك ههنا
دل الدال على ان الحديث مقدم على قوله تعالى الزانية والزاني وهو ما ذكرنا هذا ما ذكر في النهاية وتبعه غيره
من الشارحين وقوله الا ان يرى ذلك مصلحة استثناء من قوله ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي يعني اذا راه
الامام لغريب الزاني مصلحة لدعارته فعل ذلك على ما يراه بطريق التعزير والسياسة لانه قد يفيد في
بعض الاحوال فيكون الراي فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة رضي الله عنهم روي
ان ابا بكر رضي الله عنه جلد بكرين ونفاهما الى فدك وعمر رضي الله عنه سمع قائلة تقول هل من سبيل
الى خمر فاشربها او هل سبيل الى نصر بن حجاج الى فتى ماجد الاعراق مقتبل سهل المحيا كريم
غير ملجاج فطلب نصرا ونفاه وذلك لا يوجب النفي ولكن فعل ذلك لمصلحة ظهرت له فقال ما ذنبي يا
امير المومنين فقال لا ذنب لك وانما الذنب لي حيث لا اطهر دار الهجرة عنك وعثمان جلد زانيا
ونفاه الى مصر وعلي جلد ونفى ثم قال كفى بالنفي فتنة وكل ذلك محمول على السياسة والتعزير وقوله
واذا زنى المريض الى آخره ظاهر وقوله قال للغامدية روي ان الغامدية رضي الله عنها لما اقرت
بالزنا بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت حاملا قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ارجعي
حتى تضعي ما في بطنك فلما وضعت جاءت ثانيا واقرت فقال لها ارجعي حتى يستغني ولدك فقالت
اخاف ان اموت قبل ان احد فقال رجل انا اقوم بتربية ولدها فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم
برجمها فدل ان الحكم هو التاخير عن هذا الزمان اذا لم يكن لولدها مربي والله اعلم **باب الوطي**
الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه لما فرغ من بيان اقامة الحد شرع في بيان ما يوجبه وما
لا يوجبه وقد ذكرنا تعريف الزنا في اول كتاب الحدود وذكره المصنف ههنا واعترض بانه غير
منعكس لان الزنا يصدق في فعل المراة هذا الفعل ولهذا لا يحد قاذفها بالزنى حد القذف وهذا
التعريف وهو قوله وطي الرجل المراة في القبل في غير الملك وشبهته ليس بصادق عليه واجيب بان هذا
التعريف انما هو بالنسبة الى الاصل والمراة تدخل فيه تبعا لما سيجيء بعد هذا ان كل موضع يجب فيه الحد على
الرجل يجب على المراة وكل موضع لا يجب فيه على الرجل لا يجب على المراة فان قلت قوله لانه فعل محظور
تعليل واقع في غير محله لانه في التصورات قلنا التعليل ليس لاثبات التعريف وانما هو لبيان اعتبار
انتفاء الشبهة في تحقق الزنا وتقرير كلامه انما اعتبروا ان يكون في غير شبهة الملك لانه فعل

محظور

محظور يوجب الحد فيعتبر فيه الكمال لان الناقص ثابت من وجه دون وجه فلا يوجب عقوبة كاملة
والكمال في الحظر عند التعري عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم ادرؤوا الحدود
بالشبهات ثم الشبهة وهي ما يشبه الثابت وليس بثابت على ما قالوا نوعان شبهة في الفعل
ويسمى شبهة اشتباه اي هي شبهة في حق من اشتبه عليه وليس بشبهة في حق من لم يشتبه عليه
حتى انه لو قال علمت انها تحرم علي حد وشبهة في المحل ويسمى شبهة حكمية ويسمى شبهة ملك
ايضا فانها لا يوجب وان قال علمت انها حرام علي فالاولى يتحقق في حق من اشتبه عليه الا بمعنى
ان يظن غير الدليل دليلا كما اذا ظن ان جارية امراته تحل له بناء على ان الوطي نوع استخدام و
الاستخدام يحل فكذا الوطي فيكون تحققها بالنسبة الى الظان والثانية يتحقق بقيام الدليل النافي
للحرمة في ذاته لكن لا يكون عاملا لمانع اتصل بها وهذه لا يتوقف على ظن الجاني واعتقاده والحد
يسقط بالنوعين جميعا لاطلاق الحديث لكن في الاولى عند الظن وفي الثانية على كل تقدير والنسب يثبت
في الثاني اي في الوطي الثاني وقيل اي في المذكور الثاني اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاول وان ادعاه
لان الفعل تمحض اي خلص زنا في الشبهة الاولى وان سقط الحد لامر راجع اليه اي الى الواطي وقيل هذا ليس
يجري على عمومه فان المطلقة الثلثة يثبت فيها النسب لان هذا وطي في شبهة العقد فيكفي لاثبات النسب
وفي الايضاح المختلعة والمطلقة بعوض ينبغي ان يكون كالمطلقة ثلثا وعد شبهتها لفعل وهي في ثمانية
مواضع كما ذكر فاذا قال ظننت انها تحل لي لا يحد لان الانسان ينتفع بمال هؤلاء حسب انتفاعه بمال
نفسه فكان ظنا في موضع الاشتباه فيمنع الحد وان قال الرجل علمت انها حرام علي وقالت الجارية ظننت
انه يحل لي لا يحد واحد منهما اما المراة فلدعوى الشبهة واما الرجل فلان الزنا يقوم بهما فاذا سقط الحد
عن المراة سقط عن الرجل لمكان الشركة على ما يجيء فان قيل ما وجه الاشتباه في المطلقة الثلث حتى لا يحد
اذا قال ظننت انها تحل لي اجيب بان وجهه بقاء بعض الاحكام بعد الطلقات الثلث من النفقة والسكنى
وحرمة نكاح الاخت وثبوت النسب حتى لو جاءت بالولد يثبت النسب الى سنتين فان قيل بين الناس
اختلاف في ان من طلق امراته ثلثا هل يقع او لا فينبغي ان يصير ذلك شبهة في اسقاط الحد اجيب بانه
خلاف غير معتد به حتى لو قضى به القاضي لم ينفذ قضاؤه وانما قيد الطلاق البائن بالمال لانه اذا لم يكن
على مال فوطيها في العدة فلا حد عليه وان قال علمت انها علي حرام على ما يجيء لشبهة ام ولد اعتقها مولاها
هي ما قلنا في المطلقة ثلثا وهي في العدة من قيام اثر الفراش فكان الظن في موضع الاشتباه وشبهة العبد
في جارية المولى انبساط يد العبد في مال مولاه والجارية من ماله فجاز ان يظن حل الانبساط فيها بالوطي
والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود يعني اذا قال المرتهن ظننت انها تحل لي لا يحد وفي
رواية كتاب الرهن لا يجب الحد سواء ادعى الحل او لم يدع كما في الجارية المشتركة لانه وطي جارية انعقد له فيها سبب

الانبساط ح

الملك فلا يجب عليه الحد اشتبه عليه او لم يشتبه قياسا على ما لو وطئ جارية اشتراها على ان البايع بالخيار و
انما قلنا انعقد له فيها سبب الملك لانه بالهلاك يصير مستوفيا حقه من وقت الرهن واذا كان كذلك فقد
انعقد له سبب الملك في الحال ويحصل حقيقة الملك عند الهلاك و وجه ما ذكره في كتاب الحدود هو ان
عقد الرهن عقد لا يفيد ملك المتعة بحال فقيامه لا يورث شبهة حكمية قياسا على الاجارة فانها لا يفيد ملك
المتعة بحال فلا اورث قيامها في المحل شبهة حكمية وعلى هذا كان يجب عليه الحد اشتبه او لم يشتبه كما في
الجارية المستاجرة للخدمة الا انه لا يجب اذا اشتبه عليه لانه موضع اشتباه لان ملك المال في الجملة سبب لملك
المتعة وان لم يكن سببا في الرهن و قيل انعقد له سبب ملك في حق المال فيشتبه انه هل يثبت بهذا
القدر ملك المتعة او لا بخلاف الاجارة فان الثابت لها ملك المنفعة ولا يتصور ان يكون ذلك سبب
ملك المتعة بحال فعند اشتبه عليه ما لا يشتبه وبخلاف البيع بشرط الخيار لانه انما يفيد له الملك حال قيام
الجارية وملك المال حال قيام الجارية سبب لملك المتعة فقد انعقد له سبب ملك المتعة وههنا انما ملك مالية
المرهون عند الهلاك وملك المال بعد الهلاك لا يفيده ملك المتعة في حال من الاحوال فكان بمنزلة ملك
المنفعة ثم عد الشبهة في المحل وهي في ستة مواضع على ما ذكرها جارية ابنه لقيام المقتضي للملك وهو قوله عم
انت ومالك لابيك والمطلقة طلاقا باينا بالكنايات لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في كونها رجعية
او باينة والجارية المبيعة في حق البايع قبل التسليم لان اليد التي كان بها متسلطا على الوطئ باقية بعد فصارت
شبهة في المحل والمهورة في حق الزوج قبل القبض لقيام ملك اليد والمشتركة لقيام الملك في النصف
والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن وقد ذكرنا وجهه ففي هذه المواضع لا يجب الحد بكل حال
وهذان النوعان من الشبهة وهو ما كان راجعا الى الفاعل والى المحل وثم شبهة اخرى وهي التي تثبت
بالعقد فانها عند ابي حنيفة رحمه الله تثبت به سواء كان العقد حلالا او حراما متفقا عليه او مختلفا
فيه وسواء كان الواطئ عالما بالحرمة او جاهلا بها وعند علماء الباقين لا يثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك
في نكاح المحارم على ما يأتيك ان شاء الله تعالى اذا عرفنا هذا اي هذا الذي ذكرناه من بيان نوعي الشبهة
سهل تخريج الفروع على ذلك وهو واضح مما ذكرناه وقوله وقد نطق الكتاب يعني قوله تعالى فان طلقها فلا
تحل له من بعد وقوله ولا يعتبر قول المخالف فيه يريد قول الزيدية والامامية فان الزيدية يقولون اذا طلقها
ثلثا جملة لا يقع الا واحدة والامامية يقولون انه لا يقع شيء اصلا لكونه خلاف السنة ويدعون انه قول
علي رضي الله عنه لانه خلاف لا اختلاف والفرق بينهما ان الاختلاف ان يكون الطريق مختلفا والمقصد
واحدا والخلاف ان يكون كلاهما مختلفا وقوله ولو قال ظننت انها تحل لي ظاهر وقوله في حق النسب
يعني النسب باعتبار العلوق السابق على الطلاق لا النسب بهذا الوطئ فانه لا يثبت وقوله وكذا اذا نوى ثلثا
لقيام الاختلاف مع ذلك اي كذلك الحكم اذا نوى من الفاظ الكناية ثلثا ثم وطئها في العدة لا يجد وان

قال

قال علمت انها حرام علي لان اختلاف الصحابة رضي الله عنهم لا يرتفع بنية الثلث فكانت الشبهة قائمة فلا
يجب الحد وقوله ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده يعني وان كان ولده حيا وقد اشير الى ذلك
تعليل الكتاب وهو قوله والابوة قائمة في حق الجد وقوله قد ذكرناه اي في باب نكاح الرقيق وقوله
وكذا اذا قالت الجارية معطوف على قوله وقال ظننت انها تحل لي قد قدمناه وقوله في الظاهر يتعلق بقوله
وكذا اي لا حد على العبد في ظاهر الرواية لان الفعل واحد فورود الشبهة في احد الجانبين يكفي لاسقاط
الحد عن الاخر فان قيل يشكل هذا بما اذا زنى البالغ بصبية حيث يجب الحد على البالغ دون الصبية مع
ان الفعل هناك ايضا واحد اجيب بان سقوط الحد في جانب الصبية لم يكن باعتبار الشبهة بل باعتبار عدم
الاهلية للعقوبات وكلامنا فيما اذا تمكنت في فعل واحد من احد الجانبين شبهة فان ذلك يؤثر
في الجانب الاخر وان وطئ جارية اخيه او عمه وقال ظننت انها تحل لي حد لانه لا انبساط في المال فيما
بينهما وكذا ساير المحارم لما بينا يعني قوله لانه لا انبساط في المال فيما بينهما فان قيل لم يجعل هذا كالسرقة
يعني اذا سرق مال اخيه واخته لا يقطع اجيب بان بعضهم هناك يدخل بيت بعض من غير استيذان ولا
حشمة فلم يتحقق هناك الحرز والقطع داير مع هتك الحرز واما ههنا فالحد داير مع الملك والعقد و
لم يوجد الملك ولا شبهته ولا العقد فيجب الحد قال ومن زفت اليه غير امراته هذا من باب الشبهة
في المحل لان الفعل صدر منه بناء على دليل اطلق الشرع له العمل به وهو الاخبار بانها امراته فجعل الملك كالثابت
لدفع ضرر الغرور كمن اشترى جارية فوطئها ثم استحقت اعتبر الملك كالثابت لدفع الغرور كذلك ههنا
ولهذا اذا جاءت بولد ثبت النسب ولو كانت الشبهة في الفعل لما ثبت وكلامه واضح وقوله ولا يحد
قاذفه الا في رواية عن ابي يوسف يعني انه يقول فيها ان احصانه لم يسقط بهذا الفعل لانه بنى الحكم
على الظاهر فقد كان هذا الوطئ حلالا في الظاهر فلا يسقط باحصانه وجه الظاهر ان الملك منعدم
حقيقة فلم يبق الظاهر الا شبهة وبها يسقط الحد ولا يقام الحد على قاذفه وقوله لانه قد ينام على
فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها فلا يصلح مجرد النوم على فراشها دليلا شرعيا فكان مقصرا
فيجب الحد وان قال وقالت انا زوجتك لانها اذا اجابت بالفعل فلم تقل ذلك فواقعها وجب عليه الحد
كذا في الايضاح ومن تزوج امراة لا تحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند ابي حنيفة ولكن يوجع
عقوبة اذا كان علم بذلك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله يجب عليه الحد اذا كان علم
بذلك لان هذا عقد لم يصادف محله وكل عقد لم يصادف محله يلغو كما اذا اضيف الى الذكور وقوله وهذا
لان التصرف بيان لقوله عقد لم يصادف محله لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وهذا المحل ليس محلا لحكمه
لان حكمه الحل وهي من المحرمات ولابي حنيفة ان العقد صادف محله لان محل التصرف ما يكون قابلا للمقصود
وهو الولد ههنا وبنات ادم قابلة لذلك قوله وهذا المحل ليس محلا لحكمه قلنا ليس محلا لحكمه اصلا او

فى دون دون و فيه والاول ممنوع لانه كان محلالة فى شريعة من قبلنا والثانى مسلم ولكن كونه محلا فى
الجملة لم لا يجوز ان يكون شبهة فى درء الحد فان الفعل لم يقع زنا لا لغة ولا عرفا فان اهل اللغة لا يفصلون
بين الزنا وغيره الا بالعقد والفرض وجوده و ولذا اهل الذمة من محارمهم لا ينسب الى الزنا فى العرف
وهم يقرون على نكاح المحارم ولا يقرون على الزنا بل يحدون عليه واذا ثبت لنا العقد صادف محله
كان ينبغى ان ينعقد فى حق جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة حقيقة الحل بتحريم الشرع فى ديننا
فيورث الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت الا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر
وقوله ومن وطى اجنبية فيما دون الفرج اى فى غير السبيلين كالتفخيذ والتبطين عزر لانه فعل
منكر ليس فيه شئ مقدر ومن اتى امراة فى دبرها اجنبية لانه اذا اتى امراته او مملوكته فى الموضع
المكروه اى الدبر لا يحد حد الزنا عندهما ايضا وان كان محرما عليه وبه صرح فى الزيادات لان
من الناس من يستحله لقوله تعالى الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم من غير فصل بين محل ومحل او عمل
عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابى حنيفة رحمه الله ويعزر وزاد فى الجامع الصغير ويودع فى السجن
وقالا هو كالزنا فيحد حد الزنا جلدا ان كان غير محصن ورجما ان كان محصنا وهو احد
قولى الشافعى وقال فى قول آخر يقتلان بكل حال سواء كانا محصنين او لم يكونا لقوله صلى الله عليه وسلم
اقتلوا الفاعل والمفعول ويروى فارجموا الاعلى والاسفل ولهما انه اى اللواط فى معنى الزنا وقبل
كل واحد من العمل فى الوضع المكروه وفعل اللواط وفى بعض النسخ انه فى معنى الزنا لانه قضاء الشهوة
فى محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء وهو مناط الحد فى الزنا فيلحق
به اللواط بالدلالة لا بالقياس لان القياس لا يدخل فيما يندرئ بالشبهات وله انه ليس بزنا لاختلاف
الصحابة رضى الله عنهم فى موجبه من الاحراق بالنار وهدم الجدار عليه والتنكيس من مكان مرتفع
باتباع الاحجار وغير ذلك من الحبس فى انتن المواضع حتى يموت ولم يختلفوا فى موجب الزنا فدل
على انه ليس بزنا ولا هو فى معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب بخلاف الزنا وكذا
هو اندر وقوعا من الزنا لانعدام الداعى فى احد الجانبين يعنى على ما هو الجبلة السليمة والداعى
الى الزنا من الجانبين واذا لم يكن فى معناه لا يلحق به دلالة فبقى القياس والقياس عند ثبطه باطل وما رواه
من قتلهما او رجمهما محمول على السياسة والمستحل لكفره بذلك الا انه يعزر عنده اى عند ابى حنيفة رحمه الله
لما بينا انه ارتكب جريمة وليس فيه حد مقدر قال فى الزيادات والراى الى الامام ان شاء قتله ان اعتاد
ذلك وان شاء ضربه وحبسه فقوله الا انه استثناء من قوله ولا هو فى معنى الزنا ومن وطى بهيمة فلا حد
عليه لانه ليس فى معنى الزنا فى كونه جناية اذ ليس فيه تضييع الولد ولا افساد الفراش ولا فى وجود الداعى
لان الطبع السليم ينفر عنه وانما يحمل على ذلك نهاية السفه او فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره اى

ستر فرج

ستر فرج البهيمة وانما اضمر عليه ولم يسبق ذكره لان ذكر البهيمة يستلزمه فكان مرجعه حكميا
الا انه يعزر لما بينا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر وما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم قال
من اتى بهيمة فاقتلوه شاذ لا يعمل به ولو ثبت فتاويله مستحل ذلك الفعل والذى يروى انه يذبح ع
البهيمة وهو ما روى عن على بن ابى طالب رضى الله عنه انه اتى برجل اتى بهيمة فامر بالبهيمة
فذبحت واحرقت بالنار فذلك لقطع التحدث به كيلا يعير بها الرجل اذا كانت البهيمة باقية
لا انه واجب قال ومن زنى فى دار الحرب ومن زنى فى دار الحرب او فى دار البغى ثم خرج
الينا واقر عند الامام بالزنا لا يقام عليه الحد وقال الشافعى رحمه الله يحد لانه التزم باسلامه
احكامه ايما كان مقامه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تقام الحدود فى دار الحرب ووجه التمسك انه
صلى الله عليه وسلم لم يرد به حقيقة عدم الاقامة حسا لان كل احد يعرف انه لا يمكن اقامته فى
دار الحرب لانقطاع ولاية الامام عنها فكان المراد بعدم الاقامة عدم وجوب الحد فان قيل
هذا الحديث معارض لقوله تعالى فاجلدوا فلا يقبل اجيب بان مواضع الشبهة خصت من ذلك فيجوز
التخصيص بعد ذلك بخبر الواحد والقياس لانه لم يبق حجة قطعية على هذا اطبق الشارحون وفيه
نظر يعرف باستحضار قواعد الاصول وهو ان التخصيص بهما انما يصح بعد التخصيص بلفظ مقارن
وليس فى الاية بموجود ويجوز ان يقال حصل التخصيص بلفظ مقارن وهو قوله كل واحد منهما فان
الضمير راجع الى الزانى والزانية والزنى وطى الرجل المراة فى القبل فى غير الملك وشبهته كما تقدم فخرج
منه من لم يكن رجلا واذا خص مقارنا جاز التخصيص بعده بخبر الواحد والقياس وقوله ولان المقصود هو الانزجار يعنى ان وجوب الحد ليس لعينه وانما هو للانزجار والانزجار يحصل بالاستيفاء
والاستيفاء متعذر لانقطاع ولاية الامام فلو وجب الحد لعرى عن الفائدة وذلك لا يجوز واذا لم ينعقد
موجبا لا يقام بعد ما خرج لئلا يقع الحكم بغير سبب والشانى الضمير فى قوله لانها لم تنعقد هنا ويل
الفاحشة قال الله تعالى ولا تقربوا الزنى انه كان فاحشة وبتاويل الوطئة وقوله ولو غزى ظاهر
وقوله فى معسكره اشارة الى انه لو خرج من معسكره ودخل دار الحرب وزنى فيها ثم خرج لا يقام
عليه الحد والسرية قيل هم الذين يسرون بالليل ويختفون بالنهار ومنه خير السرايا اربعمائة
وقوله واذا دخل حربى دارنا بامان حاصل اختلاف اصحابنا فى هذه المسئلة شمول الوجوب فى الذمى
والذمية وشمول العدم فى الحربى والحربية عند ابى حنيفة رحمه الله وهذه الشمول لا يتغير بمغايرة
احد الطرفين للاخر بكونه حربيا او ذميا وذكرا او انثى وعند محمد عدم التغير ثابت فى جانب الحربى
والحربية واما فى جانب الذمى فيتفاوت بين الذكر والانثى فيما اذا اختلف حالهما حيث يحد الذمى ولا
يحد الحربية وفى العكس لا يحدان وهو قول ابى يوسف اولا وقال آخرا بشمول الوجوب فى الانواع كلها

الحد

لما ان المستأمن التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا كما ان الذمي التزمها مدة عمره ومن التزم احكامنا ينفذ عليه كالمسلم والذمي ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا فان قيل لو كان كذلك لاقيم عليه حد الشرب لانه من احكامنا اجاب بقوله بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته فان قلت فهو يعتقد اباحة قتل المسلم وقذفه فينبغي ان لا يقتص منه ولا يحد للقذف قلت المعنى باعتقاد الاباحة هو ان يكون ذلك دينا وقتل النفس والقذف حرام في دينهم فاباحتهم ذلك ليس بدين وانما هو هوى وتعصب ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان التزام الاحكام انما هو بالتزام القرار في الدار لان الانصاف بكونه من دارنا انما يكون بذلك والحربي ما التزم ذلك لانه دخل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من اهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمي به واذا لم يصر من دارنا وكان دخوله لحاجة كان ملتزما من الاحكام ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لانه لما لم يدخل للاطماع في الانصاف اي العدل لاجله على غيره يلتزم الانصاف اي العدل لغيره عليه لان الغرم بازاء الغنم والقصاص وحد القذف من حقوق العباد فكان داخلا في الانتصاف واما حد الزنا فمحض حق الشرع فلا يكون داخلا فلما فرغ من الجواب عن قول ابي يوسف شرع كل منهما في اثبات ما ذهب اليه فقال محمد الاصل في باب الزنا فعل الرجل والمراة تابعة له على ما ياتي فامتناع الحد في حق الاصل فيما اذا زنى الحربي بذمية يوجب امتناعه في حق التبع والا لا يكون تابعا فكان خلفا واما الامتناع في حق التبع فيما اذا زنى الذمي بالحربية فلا يوجب امتناعه في حق الاصل والا لكان مستتبعا فكان اصلا والفرض انه تبع وذلك خلف باطل نظير ذلك اذا زنى البالغ بصبية او مجنونة فانه يحد البالغ دونها لان الامتناع في حق المتبوع لا يستلزمه في حق الاصل وتمكين البالغة من الصبي والمجنون فانه لا يجب الحد عليها لان الامتناع في حق الاصل يستلزمه في حق التبع ولابي حنيفة ان فعل الحربي المستامن زنا حقيقة لانه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا ولهذا لو قذفه قاذف بعد الاسلام لم يلزمه الحد الا انه لا يقام عليه الحد لوجوب تبليغه مامنه لقوله تعالى ثم ابلغه مامنه واذا كان كذلك كان تمكين المراة منه زنا لان التمكين من فعل الزنا زنا يوجب الحد لقوله تعالى والزانية والزاني فاجلدوا فيجب الحد عليها لوجود المقتضي وانتفاء المانع بخلاف الحربي لتحقق المانع وهو تبليغه مامنه قال والمراد بالحرمات ترك الامتثال بالاوامر والانتهاء عن النواهي فان الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك تضعيفا للعذاب عليه وقوله على ما هو الصحيح احتراز عن قول بعض مشايخنا العراقيين فانهم قالوا بكونهم مخاطبين بالشرائع كلها بالعبادات والحرمات والمعاملات وقوله وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا اشارة الى قول بعض اصحابنا فانهم قالوا الكفار غير مخاطبين بالشرائع قال شمس الائمة ومشايخ ديارنا يقولون انهم لا يخاطبون باداء ما يحتمل السقوط من العبادات وقوله بخلاف الصبي والمجنون جواب عن مستشهد محمد على ان سقوط الحد عن الاصل يوجب السقوط من التبع ووجه ذلك ان هذا ليس نظير ما نحن فيه لان الصبي والمجنون لا يخاطبان فلا يكون

فعلها زنا والتمكين من غير الزنا ليس بزنا فلا يوجب الحد والحربي مخاطب ففعله زنا والتمكين من الزنا زنا يوجب الحد ونظير هذا الاختلاف اذا زنى المكره بالمطاوعة يحد المطاوعة وعند محمد لا يحد قال واذا زنى الصبي والمجنون صورة المسئلة ظاهرة ووجه قول زفر والشافعي رحمهما الله قياس احد الجانبين بالآخر فالعذر من جانبها كما في صورة الاجماع لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه وهو في الصورة المختلف فيها لا يوجب سقوطه من جانبها والجامع ان كلا منهما مواخذ بفعله ودليلنا ظاهر مما ذكرنا انفا لمحمد رحمه الله فلا حاجة الى التكرار واعترض عليه من وجهين احدهما ان غير المحصن اذا زنى بالمحصنة يجب الرجم عليها وان لم يجب على الرجل فعدم الرجم على الاصل لم يوجب عدمه على التبع فليكن نفس الحد كذلك والثاني ان الصبي والمجنون اذا زنى بالمطاوعة ينبغي ان يجب المهر عليها لان الوطي لا يخلو عن احد الوجهين اما الحد والمهر وقد اورد في الاخيرة انه لا يجب عليه المهر فيما اذا طاوعته المراة واجيب عن الاول بانه لا يلزم من احصان الزاني احصان الزانية لان الاحصان موقوف على شرائط اخر ويلزم من تحقيق فعل الزنا منه تحققه منها بسبب التمكين لان تمكينها سبب لفعل الرجل فيقام السبب مقام المسبب في حقها وعن الثاني بانا لو اوجبنا المهر على الصبي فيما اذا طاوعته لخلا الايجاب عن الفائدة لان لولي الصبي ان يرجع عليها في الحال بمثل ذلك لانها لما طاوعته صارت آمرة للصبي بالزنا معها وقد لحقه بذلك غرم وصح الامر من المراة لان لها ولاية على نفسها فلا يفيد الايجاب بخلاف ما اذا كانت مكرهة او صبية فان المكرهة ليست بآمرة والصبية لا يصح امرها لعدم ولايتها على نفسها فكانت بمنزلة المكرهة فايجاب المهر كان مفيدا اذ ليس لولي الصبي حينئذ ان يرجع عليها بمثل ذلك وقوله ومن اكرهه السلطان الى آخره ظاهر وقوله وعليه المهر في ذلك يعني في كلتا الصورتين دعوى الرجل النكاح ودعواه المراة فان قيل ينبغي ان لا يجب المهر فيما اذا اقرت المراة بالزنا لانها تنفي وجوب المهر فكيف وجب لها المهر وهي منكرة للنكاح اجيب بان النكاح يقوم بالطرفين والزوج يدعي النكاح فبدعواه النكاح انتفى الحد عنه في هذا الوطي لانه في دعواه اما ان يكون مصدقا او مكذبا فان كان الاول ثبت النكاح حقيقة وان كان الثاني فاحتمال الصدق قائم لا محالة والاحتمال في الحدود ملحق باليقين احتيالا للدرء فيسقط الحد وسقوط الحد يستلزم وجوب المهر لان الوطي لا يخلو عن غرامة او عقوبة فاذا تحقق الملزوم بدون اختيارها تحقق اللازم كذلك فيثبت لها المهر وان ردته وقوله ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة انما وضع المسئلة في الجارية وان كان هذا الحكم وهو وجوب الحد مع الضمان لا يتفاوت بين الحرة والجارية فانه لو فعل ذلك مع الحرة وجب عليه الحد والدية على العاقلة ليبان ان الشبهة في عدم وجوب الحد عند اداء الضمان انما يرد في حق الجارية لا في حق الحرة لان الحرة لا يصلح ان يكون ملكا للزاني عند اداء الضمان بشبهة ان لا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد كما اذا زنى بها فاذهب عينها وهو وجه قول ابي يوسف في هذه المسئلة وقوله وهو على هذا الخلاف اي شراء الجارية بعد الزنا

فيردّه

بما قبل اقامة الحد على هذا الاختلاف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يحد خلافا لابي يوسف فكان المختلف الى
المختلف لكن الخلاف في اشتراه بعد الزنا مذكور في ظاهر الرواية بخلاف ما نحن فيه قوله لان هذا الضمان ضمان
قتل وضمان القتل لا يوجب الملك لانه ضمان دم والدم مما لا يملك ويمكن ان يقرر هكذا لانه ضمان دم وضمان
الدم يجب بعد الموت والميت ليس بمحل للملك قوله ولو كان يوجبه يعني سلمنا ان ضمان القتل يوجب الملك لكن انما
يوجبه في العين كما ذكرتم في هبة المسروق لا في منافع البضع لانها استوفيت وتلاشت فلم يكن قابلة
للملك حالة الضمان ولا مستندا لان المستند لا يظهر في المعدوم والمنافع المستوفاة معدومة قيل فليكن الملك
ثابتا بطريق التبيين لئلا يشترط الوجود كما في الحيض ردّ في باب الحدود واجيب بان التبيين انما يكون في
حكم معنا بقاؤه بشرط الوصول اليها فان وصل حكم بثبوته والا فلا كما في الحيض وليس ما نحن فيه كذلك قوله
وهذا بخلاف ما اذا زنى بها جواب لصورة يمكن ان يستشهد بها ابو يوسف كما قدمناه وتقريره ان
الزاني بالضمان ملك الجثة العميا لكونها قابلة للملك اذ هي عين موجودة فتورث الشبهة وهذا الجواب انما
يستقيم على اصل الجواب بدون التنزل فان لقايل ان يقول الملك يثبت في الجثة العميا مستندا فلا يظهر في
المستوفى اعني المنافع لكونها معدومة واما اذا نظرت الحاصل الجواب وهو قوله انه ضمان قتل فلا يوجب
الملك لانه ضمان دم وهو ليس بعين تملك فانه صحيح ويجوز ان يقال بالنظر الى التنزل ايضا بان الملك وان
كان ثابتا فيها ايضا لكن فيه شبهة العدم فيكون في المنافع شبهة الشبهة وهي غير معتبرة ولا كذلك في
الجثة العميا لثبوت الملك فيها حقيقة فيكون في المنافع الشبهة وهي معتبرة لكن ليس في كلام المصنف
ما يشير الى هذا اصلا قوله كل شيء صنعه الامام الذي ليس فوقه امام وفسره ابو الليث بالخليفة فلا حد
عليه الا القصاص لانه يؤخذ به وبالاموال لان الحدود حق الله تعالى واقامتها الى الامام لا الى غيره قال صلى الله عليه وسلم
اربع الى الولاة وعدّ منها اقامة الحدود وكلامه واضح واما حد القذف فالمغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم ساير
الحدود التي هي حق الله تعالى ولقايل ان يقول لو كان المغلب فيه حق الشرع لوجب ان لا يحد المستامن اذا قذف كما
لو زنى وقد تقدم انه يحد لانه حق العبد والجواب ان قذف القاذف يشتمل على الحقين لا محالة فيعمل بكل منهما بحسب
ما يليق به وما يليق بالحد ان يكون حق العبد لامكان الاستيفاء وما يليق بالامام ان يكون حق الله لانه ليس
فوقه امام يستوفيه منه والله اعلم **باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها** قد ذكرنا ان ثبوت
الزنا عند الامام انما يكون باحد شيئين لا غير وهما الاقرار والشهادة واخّر الشهادة ههنا عن الاقرار
لقلة ثبوت الزنا بالشهادة وندرته حتى لم ينقل في السلف ثبوت الزنا عند الامام بالشهادة اذ
روية اربعة رجال عدول على الوصف المذكور كالميل في المكحلة كما في الكلاب في غاية الندرة **قال**
واذا شهد الشهود بحد متقادم اي اذا شهد الشهود بحد متقادم ولم يكونوا بعيدين عن الامام
لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف خاصة واعاد لفظ الجامع الصغير لاشتماله على زيادة ايضاح

هو تعديه

هو تعديه ما يوجب الحد من خاص السرقة وشرب الخمر والزنى وهو زيادة الحين الذي استفاده منه بعض
المشايخ قدّر تسليمًا شهرًا في التقادم وزيادة اثبات الضمان في السرقة ثم كما لا يحد الشهود
عليه لا يحد الشهود ايضا حدّ القذف في الشهادة بالزنا لان عددهم متكامل والاهلية للشهادة
موجودة وذلك يمنع ان يكون كلامهم قذفا وكلامه واضح ومعنى قوله مخيرين بين حسبتين اجرين
مطلوبين له يقال احتسبت بكذا اجرا والاسم الحِسبة بكسر الحاء وهي الاجر والجمع الحِسَب وقوله
بخلاف حد السرقة جواب عما يقال الدعوى شرط في السرقة كما في حقوق العباد ومع ذلك لو
شهد الشهود بسرقة متقادمة لم تقبل فعلم بهذا ان قبول الشهادة في حقوق العباد بعد التقادم
لم يكن لاشتراط الدعوى ووجهه لا نسلم ان الدعوى شرط الحد لانه خالص حق الله على ما مر
والدعوى ليست بشرط فيه وانما هي شرط للمال وهو حق العبد وقوله ولان الحكم يدار جواب
آخر وتقريره ان المعنى المبطل للشهادة في التقادم في الحدود الخالصة حقا لله تعالى هو تهمة
الضغينة والعداوة وذلك امر باطن لا يطلع عليه فيدار الحكم على كون الحد حقا لله سواء وجد
ذلك المعنى في كل فرد او لا كما ادير الرخصة على السفر من غير توقف على وجود المشقة في كل فرد
من افراده وقوله ولان السرقة جواب آخر ووجهه ان السرقة يقام على الستر لانها توجد
في ظلم الليالي غالبا على غفلة من المالك فلا يكون المسروق منه عارفا بالشهادة حتى يستشهد
بالشاهد فيجب على الشاهد اعلامه فاذا كتمه صار اثما وقوله ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة
ظاهر وقوله لان الامضاء اي الاستيفاء من القضاء لان المقصود من القضاء في حقوق العباد
اما اعلام من له القضاء او التمكين لمن له القضاء من الاستيفاء بالقضاء وهذان المعنيان
يحصلان بمجرد القضاء فلم يتوقف تمامه الى الاستيفاء واما الله تعالى في حقوقه فمستغن عن
هذين المعنيين فكان المقصود منها النيابة عن الله تعالى في الاستيفاء فلذلك كان الاستيفاء
من تتمة القضاء في حقوق الله واختلفوا في حد التقادم واشار في الجامع الصغير الى ستة
اشهر فانه قال بعد حين كما ذكرناه وهكذا اشار الطحاوي وابو حنيفة لم يقدر في ذلك نقل
الناطفي في الاجناس عن نوادر المعلى قال ابو يوسف جهدنا على ابي حنيفة ان يوقت في ذلك
شيا فابى وفوضه الى راي القاضي في كل عصر وعن محمد انه قدّره بشهر لان ما دونه عاجل
وهو رواية عن ابي حنيفة ذكر في المجرد قال ابو حنيفة لو سال القاضي متى زنى بها فقالوا منذ
اقل من شهر اقيم الحد وان قالوا شهرا او اكثر دُرئ الحد قال الناطفي فقد قدّره على هذه الرواية
بشهر وهو قول ابي يوسف ومحمد اصله مسئلة اليمين حلف ليقضين دين فلان عاجلا فقضاه
فيما دون الشهر برّ في يمينه وقوله هو الاصح يعني تقدير التقادم بشهر وقوله وهذا اي الذي

قلنا من تقدير التقادم بشهر اذا لم يكن القاضي وبينهم مسيرة شهر اما اذا كان فانها تقبل لان المانع بُعْدُهم عن الامام فلا تتحقق التهمة **قال** واذا شهدوا على رجل اذا شهدوا على رجل انه زنى بفلانة و فلانة غايبة فانه يحد وكذا اذا اقر بذلك وان شهدوا انه سرق من فلان وهو غايب لم يقطع والفرق ان بالغيبة تعدم الدعوى لانها لا تصح على الغايب وهي شرط في السرقة دون الزنى و بالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم لانه شبهة الشبهة والمعتبر الشبهة دون شبهة الشبهة لئلا ينسد باب اقامة الحدود و بيان ذلك انها لو كانت حاضرة وادعت النكاح سقط الحد لمكان شبهة الصدق مع احتمال الكذب فاذا كانت غايبة كان الثابت عند غيبتها احتمال وجود الشبهة وهو المعنى بشبهة الشبهة وهذا بخلاف ما اذا كان احد اولياء القصاص غايبا فانه لا يستوفي حق الحاضر الغايب لاحتمال ان الحاضر الغايب فيقر بالعفو لانه لو حضر واقر به سقط القصاص بحقيقة العفو لا بشبهته فاذا كان غايبا يثبت شبهة العفو لا شبهة شبهته وان شهدوا انه زنى بامراة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال انها امراته او امته بل هو الظاهر لان الظاهر من حال المسلم ان لا يزني والشهود لا يفصلون بين زوجته وامته وبين غيرهما الا بالمعرفة فاذا لم يعرفوها لا يمكن اقامة الحد بشهادتهم وان اقر بذلك اي بالزنى بامراة لا يعرفها حد لانه لا يخفى عليه امراته او امته وان شهد اثنان انه زنى بفلانة فاستكرهها واخران انها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند ابي حنيفة وهو قول زفر وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهما اي لاتفاق الفريقين على الموجب للحد وتفرد احدهما بزيادة جناية وهو الاكراه بخلاف جانبها فان الموجب لم يتحقق لان طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها فلم يثبت لاختلافهما فيه وعدم الوجوب في حقها لمعنى غير مشترك لا يمنع الوجوب في حق الرجل عند وجود الموجب في حقه كما في وطي الصغيرة المشتهاة والمجنونة ولابي حنيفة رح ان المشهود به قد اختلف لان الزنا فعل واحد يقوم بهما وكل ما هو فعل واحد يقوم بهما لا يتصف بوصفين متضادين وهو الا انهما اثبتوا له وصفين متضادين لان الطوع يوجب اشتراكهما في الزنا والكره يوجب انفراد الرجل به واجتماعهما متعذر فكان كل واحد منهما فعلا خلاف الاخر فاختلف المشهود به ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة وقوله ولان شاهدي الطواعية دليل اخر وتقريره لان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لعدم نصاب الشهادة والقاذف خصم ولا شهادة للخصم واذا انتفت شهادتهما نقص نصاب الشهادة فلا يقام بها الحد وكان ذلك يقتضي اقامة حد القذف على شاهدي الطواعية ولكن سقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها لوجود حقيقة الزنا منها لكن لا اثم بسبب الاكراه وقوله وان شهد اثنان انه زنى بامراة بالكوفة ظاهر وقوله خلافا لزفر يعني انه يقول يحدون لان شهادتهم لم يقبل لنقصان العدد فصار كلامهم قذفا كذا انه شهدوا على رجل بالزنا فانهم يحدون حد القذف ولنا ما ذكره بقوله لشبهة الاتحاد لتبدد

شبهة

شبهة اتحاد المشهود به وتقريره ان الشبهة دارئة في الحدود بالحديث وقد وجدت لانهم شهدوا ولهم اهلية الحالة كاملة وعدد كامل على زنا واحد صورة في زعمهم نظرا الى اتحاد صورة النسبة الحاصلة بينهم واتحاد المراة واغلجاء الاختلاف بذكر المكان فيثبت شبهة الاتحاد في المشهود به فيدرئ الحد قيل والحاصل انه شهادة من وجه دون وجه فبالنظر الى الاول لم يحد الشهود وبالنظر الى الثاني لم يحد المشهود عليه وقوله وان اختلفوا في بيت واحد فيه الرجل والمراة ظاهر ولا يقال ان ذلك احتيال لوجوب الحد والحدود يحتال لدرئها لا لاثباتها لانا نقول هذا احتيال لقبول الشهادة والشهادة حجة يجب تصحيحها ما امكن ثم اذا قبلت كان من ضرورة قبولها وجوب الحد فان قيل فان كان كذلك فما بالكم لم تصححوا الشهادة في مسئلة الاكراه والطواعية على مذهب ابي حنيفة رح بان يحمله على ان يكون ابتداء الفعل عن اكراه وانتهاؤه عن طوع اجيب بان كل ما ذكره في مسئلة الاكراه والطواعية لا تفاوت بين ان يكون اكراها من اوله الى اخره وبين ان يكون اوله اكراها واخره طوعا لان الاكراه مسقط للحد عن المراة سواء كان فعل الزنا من اوله الى اخره اكراها او اوله اكراها واخره طوعا فلما كان كذلك لا في شهادتهم اختلاف المشهود به كما ذكرنا **قال** وان شهد اربعة انه زنى بامراة بالنخيلة تصغير النخلة التي هي واحدة النخل موضع قريب من الكوفة وقال الباء المفتوحة والجيم تصحيف لانها اسم حي من اليمن ودير هند لا يساعد عليه لانه موضع قريب من الكوفة وكلامه واضح وقوله ولاحتمال صدق كل فريق يعني ان احتمال الصدق في كلام كل من الفريقين قايم وشبهة الزنا يمنع وجوب الحد على القاذف وقوله درئ الحد عنهما وعنهم توضيحه ان الزنا لا يتحقق مع البكارة وشهادة النساء حجة فيما لا اطلاع للرجال عليه خصوصا في اسقاط الحد فيسقط عنهما واما عنهم فلانه تكامل نصاب الشهادة وانما امتنع كلها القبول قول النساء ولا مدخل لقولهن في اثبات الحدود وقوله فان شهد اربعة على رجل بالزنا وهم عميان ظاهر وقوله ولان الزنا يثبت بالاداء اي يظهر عند الامام باداء الشهود الشهادة ولا اداء للعبيد والعميان والمحدودين في القذف لا كاملا ولا ناقصا فانقلبت شهادتهم قذفا لانهم نسبوها الى الزنا ولم يكن نسبتها الى الزنا شهادة فكان قذفا ضرورة وقوله لان الفاسق من اهل الاداء والتحمل يعني بالنص قال الله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا فالامر بالتبيين دليل على ان الفاسق من اهل الاداء لانه لو لم يكن اهلا لما امره بالتبيين الا ترى ان العبد اذا شهد يؤمر بالرد لا بالتبيين وذكر الامام قاضي خان رح ان الشهود ثلاثة شاهد له اهلية التحمل والاداء بصفة الكمال وهو العدل وشاهد له اهلية التحمل و الاداء لكن بصفة النقصان والقصور وهو الفاسق وشاهد له اهلية التحمل وليس له اهلية الاداء كالاعمى والمحدود في القذف ولهذا ينعقد النكاح بهما وان نقص عدد الشهود عن اربعة حدوا لانهم قذفوه اذ لا حسبة عند نقصان العدد فان الشاهد مخير بين حسبتين على ما مر وههنا لم يوجد منه حسبة الستر وهو ظاهر ولا حسبة اداء الشهادة ايضا لنقصان عددهم فان الله تعالى قال والذين يرمون المحصنات

قوله بالنخيلة تصغير نخلة ... بجيم ... الى حي ...

حكمها

الى اخره

كان ح

كان ح

ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة واذا لم يوجد الحسبة ثبت القذف لان خروج الشهادة عن
القذف انما كان باعتبار الحسبة وقوله وان شهد اربعة على رجل بالزنا ظاهر وقوله وعندهما يضمنون يعني ارش
الجراحة ان لم يمت والدية ان مات وقوله وصار كالرجم والقصاص يعني اذا شهد الشهود فرجم المشهود
عليه او قتل ثم رجعوا يضمنون الدية ووجه ابي حنيفة رح ظاهر وقوله في الصحيح يعني في الصحيح
من الرواية وذكر في مبسوط شيخ الاسلام رح ولو قال قائل يجب الضمان على الجلاد فله وجه لانه ليس بمأمور
بهذا الوجه لانه امر بضرب مولم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل فاذا وجد منه الضرب على هذه الوجوه وقع فعله
تعديا فيجب عليه الضمان وذكر في الايضاح في هذه المسئلة لابي حنيفة وجها حسنا وهو ان الاضافة
الى الشهود من حيث الايجاب دون الايجاد والاثر الحاصل موجبه وجود الضرب لا موجب وجوبه فلم يكن مضافا
الى الشهادة فلا يجب عليهم الضمان وقوله لما فيها من زيادة شبهة معناه لما فيها من شبهة زيادة على الاصل
لم يكن فيه فان الكلام اذا تداولته الالسنة تمكن زيادة ونقصان وقوله اذ هم قائمون مقامهم اي الفروع قائمون
مقام الاصول فكان رد شهادة الفروع رد شهادة الاصول وذلك لان الموضع الذي تقبل فيه شهادة
الفروع تعمل شهادة الاصول في الموضع الذي يرد تعذر ردها الى شهادة الاصول من وجه وذلك
شبهة وقوله ولا يحد الشهود يعني الاصول والفروع لان عددهم متكامل والاهلية موجودة و
امتناع الحد على المشهود عليه لنوع شبهة وهو شبهة عدم التحمل في الفروع وشبهة الرد في الاصول وهي
كافية للدرء لا للايجاب لان الشبهة مسقط للحد لا موجبة له قال واذا شهد اربعة على رجل بالزنا هذا
شروع في بيان الرجوع عن الشهادة في الزنا وكلامه واضح قوله لانه ان كان قاذف حي فقد بطل بالموت
يعني لان حد القذف لا يورث وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي وذلك يسقط الاحصان
فلا اقل من ايراث الشبهة والحد يبطل بها ولنا ان الشهادة تنقلب قذفا بالرجوع عنها لانها تنفسخ
واذا انفسخت كانت قذفا لانتفاء الحسبتين جميعا فيجعل للحال قذفا للميت واذا انقلبت قذفا فقد
انفسخت حجيتها واذا انفسخت حجيتها انفسخ ما يبتني عليها وهو القضاء واذا انفسخ القضاء بان رفع القول بكونه
مرجوما بحكم القاضي فلا يسقط الاحصان ولا يورث الشبهة فيجب حد قاذفه لكن قيد بقوله في حقه لانه
زعم ان شهادته ليست بحجة وزعمه في حق نفسه معتبر بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه غير محصن في حق غيره
لقيام القضاء في حقه لان قضاء القاضي في زعمه صحيح مستقر فكان قذفه واقعا في حق غير المحصن فلا يجب حد
القذف ولقائل ان سل القضاء لو كان قائما في زعمهما وجب الحد لا محالة فاذا كان قائما في زعم دون زعم كان
قائما من وجه دون وجه ومثله يورث الشبهة الدارئة للحد واعترض ايضا بان احد الشهود لو ظهر عبدا بعد
الرجم لم يحد الشهود حد القذف بالاجماع ولو ظهر احدهم عبدا بعد الجلد حدوا وما ذلك الا لان القذف انما ثبت
بالشهادة يثبت من وقت الشهادة كما قال زفر ومن قذف حيا ثم مات المقذوف لا يحد القاذف واجيب بان

احدهم

١٥١

احدهم اذا ظهر عبدا علم ان شهادتهم لم يكن شهادة بل كانت قذفا في ذلك الوقت لعدم اهلية الشهادة لان
العبد لا شهادة له فاذا كان الحد جلدا فقد قذف حيا فيحد بقذف حيا فيحد وان كان رجما قذف حيا ثم مات
فلا يحد بخلاف ما نحن فيه فانها كانت شهادة في ذلك الوقت وبالرجوع انما انقلبت قذفا بعد الموت فكان
قاذفا للميت فيحد وقوله فان لم يحد المشهود عليه ظاهر وقوله ولنا ان كلامهم قذف في الاصل فيبقى لكونه
مجازفة لكن سلب عنه ذلك اذا صار شهادة وانما صار شهادة لاتصال القضاء به فاذا لم يتصل القضاء
وانما يصير شهادة اذا لم يتصل بقي قذفا وهذا يناقض ما تقدم لانه قال هناك ان الشهادة انما ينقلب قذفا
بالرجوع وههنا قال انها قذف وانما يصير شهادة باتصال القضاء به ويمكن ان يجاب عنه بانه لا منافاة
بينهما لانه قذف في الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به ثم يعود الى ما كان بالرجوع وعلى هذا
لا يرد قول من يقول ان فيما قال اصحابنا رحمهم الله مؤاخذة من لم يرجع بذنب من رجع وقد قال الله تعالى
ولا تزر وازرة وزر اخرى لان الكل قذفة عند عدم اتصال القضاء بالشهادة فكل منهم مؤاخذ
بذنبه لا بذنب غيره وقوله وان كانوا خمسة فرجع احدهم يعني بعد الرجم لان وضع المسئلة في ذلك وقوله
فلما ذكرنا اشارة الى ما قال من قبل ولنا ان الشهادة انما ينقلب قذفا الخ ومعناه يحدان جميعا لانه لما رجع الثاني
لم يبق من الشهود من يتم به الحجة وقد انفسخت الشهادة في حقهما بالرجوع فيحدان فان قيل الاول منهما حين رجع
لم يجب عليه حد ولا ضمان فلو لزمه ذلك لكان لزومه برجوع الثاني ورجوع غيره لا يكون ملزما اياه الحد اجيب
بان الحكم يجب لانعدام السبب بل لوجود المانع وهو بقاء الحجة التامة فاذا زال المانع برجوع الثاني وجب الحد
على الاول بالسبب المتقدم لا بزوال المانع ولو اعتبرنا هذا المعنى لوجب القول بانهم لو رجعوا معا لم يحدوا احد منهم لان
في حق كل واحد منهم لا يلزمه شيء برجوعه وحده لو ثبت اصحابه على الشهادة وهذا بعيد قال وان شهد اربعة
على رجل بالزنا فزكوا التزكية من زكى نفسه اي مدحه وتزكية الشهود الوصف بكونهم ازكياء وان شهد اربعة على
رجل بالزنا فزكوا فرجم فظهر الشهود مجوسا او عبيدا فالدية على المزكين عند ابي حنيفة معناه اذا رجعوا
عن التزكية وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هو اي الضمان على بيت المال ولما كان قوله رجعوا عن التزكية محتملا
ان يكون الرجوع بان يقولوا اخطأنا وذلك لا يوجب الضمان بالاتفاق وان يكون بان يقولوا تعمدنا التزكية
مع علمنا بحالهم وهو محل النزاع قال قيل هذا اذا قالوا اخطأنا لما وجب الضمان بالاتفاق فان المزكين ما اثنوا
سبب الاتلاف لانه هو الزنا وما تعرضوا له وانما اثنوا على الشهود خيرا فكان كما اذا اثنوا على المشهود عليه خيرا
فكانوا في المعنى كشهود الاحصان الا ان او لكنهم اثبتوا خصال الاحمدية في الزاني وهؤلاء اثبتوا خصال الاحمدية
في الشاهد فكما لا ضمان على اولئك فكذلك على هؤلاء وقوله ولان الشهادة ظاهر وقوله وهذا يعني وجوب الضمان
على قول ابي حنيفة رح وقوله لانه لم يقع كلامهم شهادة فيه نظر لما تقدم ان كلام كل منهم يصير شهادة باتصال القضاء به
وقد اتصل به القضاء فالوجه قوله لانه لم يقع كلامهم شهادة والجواب ان القضاء لما ظهر خطاؤه سقط فصار كانه لم يكن

يعني لو قالوا ج

ان يسقط ج

فلم يتصل القضا بكلامهم فلم يصر شهادة فان قيل فعلام لا يحد الشهود قلت لانهم قذفوا حيا ثم مات فلا يورث عنه واليه الاشارة في الكتاب لان يقال لم لم يجعل قذفا للميت للحال بطريق الاسناد كما في صورة الرجوع عن الشهادة لانا نقول علة الاسناد الرجوع عن الشهادة ولم يوجد فان قيل لما لا يكون ظهورهم عبيدا او مجوسيا على الاسناد كالرجوع فالجواب ان الاسناد صيرورة الشهادة قذفا وكلامهم لم يقع شهادة وقوله وجه الاستحسان ان القضا صحيح ظاهرا او قبل العمل يعني ان القضاء وجد صورة وصورة قضاء القاضي يكفي لايراث الشبهة لانه لو كان حقيقة كان مبيحا للدم فصورته تمكن شبهة كالنكاح الفاسد فجعل شبهة في اسقاط الحد ولهذا لا يجب القصاص على الوطي اذا جاء الشهود بقتله حيا وقوله وان رجم على بناء الفاعل اي الرجل الذي ضرب عنقه لم يضمن بوا غارجه ثم وجدوا اي الشهود عبيدا فالدية على بيت المال لانه امتثل امر الامام فينقل فعله اي فعل الراجم الى الامام ولو باشر الامام بنفسه وجبت الدية في بيت المال لما ذكرنا ان فعل الجلاد ينتقل الى القاضي وهو عامل للمسلمين فيجب الغرامة في مالهم كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه امره بالرجم دون جز الرقبة فلم ينتقل فعله اليه واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر الى موضع الزنا من الزانيين قبلت شهادتهم لما ذكر في الكتاب وهو واضح وفي الجامع الصغير شمس الائمة رح قال بعض العلماء لا تقبل شهادتهم لاقرارهم على انفسهم بالفسق فان النظر الى عورة الغير قصدا فسق وانما تقبل شهادتهم اذا لم يبينوا كيفية النظر لاحتمال ان يكون ذلك وقع اتفاقا لا قصدا ولكن نقول النظر الى عورة الغير عند الحاجة يجوز شرعا فان الختان ينظر والقابلة تنظر والنساء ينظرن لمعرفة البكارة وبالشهود حاجة الى ذلك لانهم ما لم يروا كالرشا في البئر والميل في المكحلة لا يسعهم ان يشهدوا وقوله واذا شهد اربعة على رجل بالزنا ظاهر وقوله والاحصان يثبت بمثله اي بمثل هذا الدليل الذي فيه شبهة الابدال انه يثبت بشهادة رجل وامراتين عندنا فكذلك ههنا يثبت الدخول الذي هو من شروط الاحصان بالحكم بثبات النسب وقوله خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله الشافعي مر على اصله وزفر جعل الاحصان شرطا في معنى العلة لان الجناية يتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه كالشبه حقيقة العلة وتفريع على ذلك امران احدهما ما ذكره في الكتاب ان شهادة النساء لا يقبل فيه والثاني ان شهود الاحصان اذا رجعوا بعد الرجم يضمنون عنده على ما سياتي لان شهود العلة يضمنون عند الرجوع بالاتفاق وقوله فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي انه يعني ان الزاني لو كان مملوكا وهو مسلم فشهد ذميان ان مولاه الذمي اعتقه قبل الزنا لم يرجم مع ان شهادة اهل الذمة على الذمي بالعتق مقبولة لكن لما كان المقصود ههنا تكميل العقوبة على المسلم لم تقبل شهادة اهل الذمة فهذا مثله وقوله لما ذكرنا يعني ان الاحصان شرط في معنى العلة ولنا ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة بعضها ليس من صنعه كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالاسلام وبعضها مندوب اليه كالنكاح الصحيح والدخول بالمنكوحة والحال انه مانع عن الزنا على ما ذكرنا قبل باب الوطي الذي يوجب الحد فيكون الكل

مزجرة

مزجرة وكل ما يكون مانعا عن الزنا لا يكون علة للعقوبة الغليظة وصار كما اذا شهدوا به اي بالنكاح في غير هذه الحالة يعني لو شهد رجل وامراتان ان فلانا تزوج هذه المراة ودخل بها في غير حالة قبلت شهادتهم فكذلك ههنا بخلاف ما ذكر يعني زفر رح من شهادة الذميين على ذمي انه اعتق عبده قبل الزنا لان العتق هناك يثبت ايضا بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريخ لانه تاريخ سكر المسلم او يتضرر به من حيث قيام العقوبة الكاملة عليه وما ينكره المسلم ويتضرر به لا يثبت بشهادة اهل الذمة فلو قلنا بجوازه بهذه الشهادة كان ذلك قولا بجواز شهادة الكافر على المسلم وقوله فان رجع شهود الاحصان لا يضمنون احد الامرين المترتبين على الاصل الذي ذكرناه من قبل

باب حد الشرب

انما اخر حد الشرب عن حد الزنا لان جريمة الزنا اشد من جريمة شرب الخمر فانه بمنزلة قتل النفس فان الله تعالى قرن ذكره بعبادة الاصنام وقتل النفس حيث قال تعالى والذين لا يدعون مع الله الها آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ولا يزنون ولهذا لم يحل في دين من الاديان واخر حد الشرب لان جريمة الشارب متيقن بها بخلاف جريمة القاذف فان القذف خبر يحتمل الصدق والكذب ولهذا كان ضرب حد القذف اخف من ضرب حد الشرب لضعف في ثبوت القذف بجواز ان يكون صادقا في نسبته الى الزنا فلا يكون قذفا ومن شرب الخمر فاخذ وريحها موجود او جاؤا به سكران فشهدوا عليه اي الشاهد بذلك اي بشرب الخمر ووجود الرائحة من باب قوله تعالى عوان بين ذلك او شهدوا على شرب الخمر مع مجيئهم به وهو سكران فعليه الحد وظاهره يقتضي ان لا يشترط الرائحة بعدما شهد الشهود عليه بالسكر من الخمر لكن الروايات في الشروح مفيدة بوجود الرائحة في حق وجوب الحد على شارب الخمر عند ابي حنيفة وابي يوسف سواء ثبت وجوب الحد بالشهادة او بالاقرار والاصل في ذلك وجوب الحد قوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه قيل تمام الحديث فان عاد فاقتلوه وهو متروك العمل به فليكن الباقي كذلك واجيب بانه ترك العمل بذلك لمعارض وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلث وليس شرب الخمر منها فبقي الباقي معمولا لعدم العارض وقوله فان اقر بعد ذهاب رائحتها واضح وقوله غير انه مقدر بالزمان عنده اي عند محمد وهو الشهر اعتبارا بحد الزنا وقوله وهذا يعني بعد الزمان وعدم اعتبار الرائحة لان التاخير يتحقق بمضي الزمان فلا بد من تقدير زمان واما ان يتقدر شهرا او شهرا واحدا فيعلم في موضع اخر واما عدم اعتبار الرائحة فلانها محتملة ان تكون من غيرها كما قيل يقولون لي انكه قد شربت مدامة فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا وهذه الرواية وهو رواية المطرزي بكله قد وقد روى بدونها وهي رواية الفقها فعلى الاولى يسقط همزة الوصل من انكه في اللفظ

وعلى الثانية بحركة بالكسر بصورة الشعر والملامة عن المدام وهو الخمر وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رض فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولان المعتبر في ذلك القرب وقيام الاثر هو الرائحة من اقوى الدلايل على القرب وقوله فلا يصار الى التقدير بالزمان جواب عن قولهما الزمان اي لا يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتبار الاثر وقوله والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل جواب عن قوله والرائحة قد يكون من غيره هذا بالنسبة الى الاثبات بالبينة واما الاقرار بالتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا على ما تقرر ان الانسان لا يكون متهما بالنسبة الى نفسه وعندهما لا يقام الحد الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا اجماع الا برأي ابن مسعود رض وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا يعني قوله فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه وفيه نظر لان الاجماع انعقد على ثبوت حد الشرب باتفاق ابن مسعود رض ولكن لا دليل على ان الشرط الذي شرط ابن مسعود رض وهو قيام الرائحة اجمع عليه الباقون وايضا كلام ابن مسعود يدل على شرطه والشرط يفيد الوجود عند الوجود لا غير وجواب الامام فخر الاسلام بان العدم عند العدم ليس من مفهوم الشرط بل من انتفاء المجمع عليه مدفوع بما ذكرنا اولا وايضا ذكر في اول الباب انه ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه وقال هاهنا انه ثابت في اجماع الصحابة رض وهما متنافيان وايضا اشتراط الرائحة مناف لاطلاق قوله عم من شرب الخمر فاجلدوه وقوله وريحها يوجد منه ظاهر قال ومن سكر من النبيذ حد النبيذ يقع على نبيذ الزبيب والتمر وما يتخذ من الزبيب شيئان نقيع ونبيذ والنقيع ان ينقع الزبيب في الماء ويترك اياما حتى تخرج حلاوته الى الماء ثم طبخا ادنى طبخة فما دام حلوا يحل شربه واذا غلا واشتد وقذف بالزبد يحرم واما النبيذ فهو النيء من ماء الزبيب اذا طبخ ادنى طبخة يحل شربه ما دام حلوا واذا غلى واشتد وقذف بالزبد على قول ابي حنيفة وابي يوسف الآخر يحل شربه ما دون السكر وعند محمد والشافعي لا يحل وما يتخذ من التمر ثلاثة السكر والفضيخ والنبيذ فالنبيذ هو ماء التمر اذا طبخ ادنى طبخة يحل شربه في قولهم ما دام حلوا واذا غلا واشتد وقذف بالزبد عند ابي حنيفة وابي يوسف يحل شربه للتداوي والتقوي الا القدح المسكر وقال محمد والشافعي لا يحل واختلفوا في وجوب الحد وسيجيء بيانه في الاشربة واما الكلام في حد السكران ومقدار حده فسنذكر ان شاء الله تعالى وقوله ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر او تقياها يعني اذا لم يشاهد منه الشرب لان الرائحة محتملة فان قيل هذا التعليل مناقض لما ذكره قبله وهو قوله والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل اجيب بان الاحتمال في نقل الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء والتمييز ممكن لمن عاين الشرب والاحتمال لمن لم يعاينه وان قول والجواب الثاني احسن لاشتماله على تفسير المستدل فانه يدل على ان المستدل هو من معه دليل وهو معاينة الشرب والجاهل

هو من

مطلب فيه بيان حكم البنج والكر منه

هو من ليس معه ذلك ويجوز ان يكون قوله لان الرائحة محتملة على مذهب محمد وقوله وكذا الشرب قد يقع على اكراه او اضطرار على قولهما ولا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وا الذي ذكره من اباحة البنج موافق لعامة الكتب خلافا لرواية الجامع الصغير للامام المحبوبي فانه استدل على حرمة الاشربة المتخذة من الحبوب كالحنطة والشعير والذرة والعسل وقال السكر من هذه الاشربة حرام بالاجماع لان السكر من البنج حرام مع انه ماكول غير المشروب فاولى كذا ذكره صاحب النهاية وليس بصحيح لان رواية الجامع الصغير للامام المحبوبي يدل على ان السكر الحاصل من البنج حرام وكلام المصنف رح يدل على ان البنج مباح ولا تنافي بينهما وحد الخمر وحد السكر من غير الخمر في الحر ثمانون سوطا لاجماع الصحابة رض يفرق على بدنه كما في حد الزنا على ما مر فيه انه نص بكل البدن ما خلا الوجه والراس والفرج ثم يجرد عن ثيابه في المشهور من الرواية وعن محمد رحمه الله لا يجرد عن ثيابه اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص اي بالحد نص قاطع او بالتجريد نص ووجه المشهور انا اظهرنا التخفيف مرة من حيث العدد حيث لم نجعله مائة كما في الزنا فلا يعتبر ثانيا وفيه بحث من وجهين الاول انه ليس لاحد من المجتهدين التصرف في المقدرات الشرعية والثاني ان الثمانين تغليظ لا تخفيف لانه روي انهم ضربوا في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالاكمام وبالايدي وغير ذلك ثم جلد ابو بكر اربعين ثم جلد عمر رض اربعين فالتقدير بعد ذلك بثمانين تغليظ لا تخفيف والجواب ان قوله انا اظهرنا التخفيف كلام على لسان المجتهدين والتخفيف انما هو باعتبار ان الله تعالى جاز له ان يقدر حد الشرب مائة كحد الزنا وهو الفاعل المختار وحيث لم ينص على مقدار معين كان تخفيفا منه ولما جعله الصحابة رض معتبرا بحد المفترين ظهر التخفيف فلم يقدروا بشيء وانما اظهروا التخفيف الذي كان ثابتا بترك التنصيص واليه اشار بقوله اظهرنا التخفيف لله در لطايفه وقوله ومن اقر بشرب الخمر والسكر بفتحتين وهو عصير الرطب اذا اشتد وقيل السكر كل شراب اسكر ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف وزفر يثبت باقراره مرتين في مجلسين اعتبارا لعدد الاقرار بعدد الشهود وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها هناك ان شاء الله تعالى قال ولا يقبل فيه شهادة النساء مع الرجال لا يقبل شهادة النساء مع الرجال في حد الشرب ايضا لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان يشير الى ذلك كله قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان الى قوله ان تضل احديهما فتذكر احديهما الاخرى وانما قال شبهة البدلية دون حقيقة البدلية لان استشهاد النساء في المواضع التي جازت شهادتهن يجوز من غير ضرورة العجز عن استشهاد الرجال بخلاف ساير الابدال ولكن فيه صورة البدلية من حيث النظم والسكران

مطلب في تبيين حد السكر ومرتبته

الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المراة هذا لفظ الجامع الصغير
وليس فيه بيان الخلاف قال المصنف وهذا عند ابي حنيفة وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه اي يكون
غالب كلامه الهذيان فان كان نصفه مستقيما فليس بسكران لانه السكران في العرف واليه اي الى قولهما
مال اكثر المشايخ وعن ابن الوليد قال سالت ابا يوسف عن السكران الذي يجب عليه الحد قال ان
يستقرأ قل يا ايها الكافرون ولا يقدر عليه فقلت كيف عينت هذه السورة وربما اخطا فيه الصاحي
قال لان تحريم الخمر نزل فيمن شرع فيها فلم يستطع قراءتها وحكي ان ائمة بلخ اتفقوا على استقراء هذه السورة
ولابي حنيفة رحمه الله ان الحدود يؤخذ في اسبابها باقصاها درءا للحد ونهاية السكران يغلب السرور
على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وشيء وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو يعني انه اذا كان يميز بين
الاشياء عرفنا انه مستعمل لعقله مع ما به من سرور فلا يكون ذلك نهاية في السكران وفي النقصان
شبهة العدم والحدود تندرئ بالشبهات وقالوا فيهما في السكر الذي يحرم عنده القدح المسكر
المعتبر فيه هو اختلاط كلامه لان اعتبار النهاية فيما يندرئ بالشبهات والحل والحرمة تؤخذ بالاحتياط و
هذا معنى قوله والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاجماع اخذا بالاحتياط لانه لما اعتقد حرمة
القدح الذي يلزم الهذيان واختلاط الكلام عنده يمتنع عنه فلما امتنع عنه وهو الادنى في السكر
كان ممتنعا عن الاعلى فيه وهو ما قاله ابو حنيفة رحمه الله وقوله وهذا اي ظهور الاثر في مشيته مما يختلف فان
السكران ربما لا يتمايل في مشيته والصاحي ربما يزلق ويعثر في مشيته فيرى التمايل منه فلا يكون دليلا
وقوله ولا يحد السكران باقراره على نفسه في الحدود الخالصة لله تعالى كالزنا وشرب الخمر والسرقة لان
الاقرار خبر يحتمل الكذب فاذا صدر من سكران هذا يزداد احتماله فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى
بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه عرف ذلك باجماع الصحابة رضي الله
عنهم فانهم قالوا اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفترين ثمانون فهذا اجماع منهم على وجوب
حد القذف فاذا وجب عليه حد القذف وحقا للعبد فكذلك ساير الحقوق كالقصاص وغيره ولو ارتد السكران
لا تبين منه امراته لما ذكر ان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر وروي ان عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه
صنع طعاما فدعا بعض الصحابة فاكلوا وسقاهم خمرا وكان ذلك قبل تحريمها فامّهم في صلوة المغرب عبد الرحمن
او غيره وقرا سورة الكافرون بطرح اللآت مع ان اعتقادها كفر ولم يكن ذلك كفرا من ذلك القاري فعلم
ان السكران لا يكفر بما جرى على لسانه من لفظ الكفر

باب حد القذف

القذف في اللغة الرمي وفي اصطلاح الفقهاء نسبة من احصن الى الزنا صريحا او دلالة اذا قذف الرجل رجلا محصنا
او امراة محصنة بصريح الزنا الخالي عن الشبهة الذي لو اقام القاذف عليه اربعة من الشهود حد المقذوف لزمه
حد الزنى وطالب المقذوف بالحد وعجز القاذف عن اثبات ما قذف به حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا لقوله تعالى

والذين

١٥٧

والذين يرمون المحصنات الى ان قال فاجلدوهم ثمانين جلدة الاية والمراد بقوله والذين يرمون الرمي بالزنا بالاجماع
وفي الاية اشارة اليه لانه شرط اربعة من الشهداء وهو مختص بالزنا واعترض بان التقييد بصريح الزنا
غير مفيد لتحققه بدونه بان قال لست لابيك وبان الطالب لا يجب المطالبة لان حق الله فيه غالب والمغلوب في
مقابلته كالمستهلك ولئن وجبت فليست مطالبة المقذوف بلازم فان ابنه ان طالبه حد والجواب انه اذا قذفه
بصريح الزنا ووجد الشروط وجب الحد لا محالة فكان قضية صادقة واما انه اذا قذفه بنفي النسب لا يجب فليس
بلازم لان التقييد به لاخراج ما كان فيه بطريق الكناية مثل ان تقول يا زاني فقال الاخر صدقت لا لاخراج ما
ذكرتم وحق العبد وان كان مغلوبا لكن يصلح اشتراط مطالبته احتيالا للدرء وابن المقذوف انما يقدر على
المطالبة لقيامه مقام المقذوف ولهذا لم يكن له حق المطالبة الا اذا كان المقذوف ميتا فتحقق فيه مقامه من
كل وجه وقوله ويفرق يعني الضرب على اعضاء القاذف على ما مر في حد الزنا وهو قوله لان الجمع في عضو واحد
يفضي الى التلف وقوله ولا يجرد من ثيابه لان سببه غير مقطوع به لاحتمال ان يكون القاذف صادقا في نسبته الى
الزنا وان كان عاجزا عن اقامة البينة لانها على الوصف المشروط فيه لا يكاد يحصل فلا يقام على الشدة بخلاف
حد الزنا حيث يجرد فيه من ثيابه لان سببه معاين بالبينة والاقرار وههنا بعد ثبوت القذف بالبينة
او بالاقرار يتوقف اقامة الحد على معنى آخر وهو كذبه بالنسبة الى الزنا وهو غير متيقن به وقوله غير انه ينزع
عنه الحشو استثناء من قوله ولا يجرد وقوله لان ذلك يعني الفرو والحشو كما في قوله تعالى عوان بين ذلك وقوله
وان كان القاذف عبدا ظاهر وقوله والاحصان بيان شروط وقوله لعدم تحقق فعل الزنا منهما قيل عليه
لو كان كذلك لحد من قذف المجنون الذي زنى في حال جنونه ولا يحد وان قذفه بعد الافاقة واجيب بان معنى قوله
لعدم تحقق فعل الزنا منهما الزنا الذي يؤثم صاحبه ويوجب الحد عليه ولم يوجد منهما واما الوطء الذي هو
غير مملوك فقد يتحقق منهما وبالنظر اليه لا كان القاذف صادقا في قذفه فلا يجب الحد على القاذف ولا على المقذوف
كمن قذف رجلا وطئ بشبهة او وطئ جارية المشتركة بينه وبين غيره وقوله والاسلام لقوله صلى الله عليه وسلم
من اشرك بالله فليس بمحصن تقديره ان الله تعالى اوجب حد القذف بقذف المحصن بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات
الاية والكافر ليس بمحصن لقوله صلى الله عليه وسلم من اشرك بالله فليس بمحصن فلا يجب عليه حد القذف ومن نفى
نسب غيره وقال لست لابيك فانه يحد هذا اذا كانت امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف لامه لانه نفى النسب والنسب انما
ينفى عن الزاني لا عن غيره وتقريره ان فرض المسئلة فيما اذا كان ابوه وامه معروفين ونسبه من الاب ثابت
بيقين ونفاه عن الاب المعروف فكان دليلا على انه زنى بامه وفي ذلك قذف لامه لا محالة قيل يشترط في حالة
الغضب في هذه المسئلة كالتي بعدها وقيل يجب الحد ههنا وان كان قذفه في حالة الغضب لجواز ان ينفي
النسب عن ابيه من غير ان يكون الام زانية من كل وجه بان يكون موطوءة بشبهة ولدت في عدة الواطئ واجيب
بان ما ذكرته وجه القائلين في هذه المسئلة ووجوب الحد فيها بالاستحسان بالاثر قال في المبسوط وكلاما تركنا هذا

ان لا يجب

القياس لحديث ابن مسعود رضي الله عنه قال لا حد الا في قذف محصنة او نفي رجل من ابيه ومن قال لغيره في غضب
الى آخره ظاهر وطولب بالفرق بين هذا وبين قوله في حالة الغضب او غيرها لست بابن فلان ولا ابن فلانة وهي امه التي
ندعى له حيث لا يكون قذفا مع ان القذف يراد بهذا اللفظ واجيب بان قوله ولا ابن فلانة نفي عن امه وانما ينفى عنها بانتفاء
الولادة فكان نفيا للولادة ونفي الولادة نفي الوطء ونفي الوطء نفي الزنا بخلاف ما اذا لم يقل ذلك لانه نفي عن الوالد والولادة الولد
ثابتة من امه فصار كانه قال له انت ولد الزنى **قال** ولو قال له يا ابن الزانية وكذا لو قال لرجل يا ابن الزانية وامه
ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف لانه قذف محصنة بعد موتها بخلاف ما اذا قذفها ثم ماتت فان الحد
يسقط ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد يعني الوالد والجد وان علا و
الولد وولد الولد وان سفل نقله صاحب النهاية عن الفقيه ابي الليث ثم قال كذا وجدت بخط شيخي رحمه الله ونقل
غيره من الشارحين عن شرح الجامع الصغير لان العار ملحق به اي بكل واحد من الوالد والولد لمكان الجزئية فيكون
القذف متناولا له معنى وتدبّ بان التعليل بالجزئية غير صحيح لتخلف الحكم عنها اذا كان المقذوف حيا غائبا فانه ليس
لاحد ان ياخذ بحده اذ ذاك واجيب بان الاصل في الباب هو المقذوف لا محالة وغيره من بينه وبينه جزئية يقوم
مقامه وانما يقوم الشيء مقام غيره اذا وقع الياس عن الاصل وانما يقع الياس بموته فلا يقوم غيره مقامه قبل موته
وقوله لما ذكرنا يعني قوله لان العار ملحق به وقوله كما يثبت لولد الابن يعني بالاتفاق خلافا لمحمد فانه روى عنه ان
حق المطالبة لا يثبت لولد البنت لانه منسوب الى ابيه لا الى امه فلا يلحقه الشين بزنا امه وفي ظاهر الرواية النسب
يثبت من الطرفين ويصير الولد به كريم الطرفين ويثبت لولد الولد حال قيام الولد وقال زفر رحمه الله ليس لولد
الولد حال قيام الولد ان يخاصم لان الشين الذي يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد فصار ولد الولد مع بقاء الولد
كالولد مع بقاء المقذوف واعتبر هذا بطلب الكفاءة فانه لا خصومة فيه للابعد مع بقاء الاقرب ولكنا نقول حق
الخصومة باعتبار ما لحقه من الشين بنسبته اليه وذلك موجود في ولد الولد كوجوده في حق الولد فلئن لا يخاصم
تمام الحد بخصومته بخلاف المقذوف فان حق الخصومة له باعتبار تناول القاذف من عرضه مقصودا وذلك لا
يوجد في ولده وبخلاف الكفاءة فان طلبها انما يثبت للاقرب لعولهم الانكاح الى العصبات وفي الحكم المرتب
على العصوبة يتقدم الاقرب على الابعد واذا كان المقذوف محصنا وهو ميت جاز لابنه الكافر والعبد ان يطالب
بالحد خلافا لزفر هو يقول القذف يتناوله معنى لرجوع العار اليه وليس بطريق الارث عندنا لان حد القذف لا يورث
فكان كما اذا كان متناولا له صورة ومعنى في رجوع العار اليه ولو كان متناولا له صورة ومعنى بان قذفه
قاذف ابتداء لم يجب عليه الحد لعدم احصان المقذوف فكذا اذا تناوله معنى قيل قوله وليس بطريق الارث غير
مفيد له في هذا المقام لانه لو كان طريقه الارث ايضا لم يكن له ان يخاصم لان المانع عن الارث موجود وهو الكفر و
الرق وقيل تحرير كلامه ان الحد اما ان يجب في هذه الصورة على القاذف لقذفه ام المقذوف او لقذفه نفس هذا الابن
الكافر لا جائز ان يكون لاجل امه لان الحد لا يورث ولا ان يكون لاجل نفسه لانه ليس بمحصن وهذا كما يرى وكذا

انه غيره

انه غيره بقذف محصن وهو ظاهر لان فرض المسئلة فيه وكل من عير بقذف محصن جاز ان ياخذ بحده لانه تعيير
على الكمال فيقتضي زاجرا واشار المصنف الى هذا الكلام بقوله وهذا لان الاحصان في الذي ينسب الى الزنا شرط
ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده فجاز له ان ياخذ بالحد فان قيل جاز ان يكون
المانع موجودا فلا يترتب الحكم على المقتضي اجاب بقوله والكفر لا ينافي اهليته الاستحقاق اي استحقاق اهلية
الخصومة لان الاستحقاق فيها باعتبار لحوق الشين وذلك موجود في الولد الكافر والمملوك لان النسبة لا تنقطع
بالرق والكفر بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه لانه لم يوجد التعيير على الكمال لفقد الاحصان في المنسوب
الى الزنا **قال** وليس للعبد ان يطالب مولاه ليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة ولا للابن
ان يطالب اباه او جده وان علا بقذف امه ولا امه وجدته وان علت بقذف نفسه لان المولى لا يعاقب بسبب
عبده قال صلى الله عليه وسلم لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده فلما لم يجب القصاص والمغلب فيه حق العبد
وسببه متيقن فلان لا يجب حد القذف والمغلب فيه حق الله وسببه وهو القذف غير متيقن به لجواز
ان يكون صادقا فيما نسبه اليه اولى وقوله ولو كان له ابن من غيره واضح وقوله يشكل ذلك بشهادة الحكام
الاحكام التي تدل على انه حق العبد فهو انه يستوفى بالبينة بعد تقادم العهد ولا يعمل فيه الرجوع وكذا
لا يستوفى الا بخصومته وانما يستوفى بخصومته ما هو حقه بخلاف السرقة فان خصومته هناك للمال
دون الحد حتى لو بطل الحد لمعنى الشبهة لا يبطل المال ويقام هذا الحد على المستامن وانما هو يؤخذ المستامن
بما هو من حقوق العباد ويقدم استيفاؤه على حد الزنا وحد السرقة وشرب الخمر حتى ان رجلا لو ثبت عليه
باقراره الزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف وفقأ عين رجل يبدأ بالقصاص في العين لانه محض حق العباد
وحق العبد مقدم في الاستيفاء لما يلحقه من الضرر بالتاخير لانه يخاف الفوت وحق الله تعالى لا يفوته شيء ثم اذا
برئ من ذلك يقام عليه حد القذف واما الاحكام التي تشهد على انه حق الله تعالى فهي ان الاستيفاء الى الامام
والامام انما يتعين نائبا في استيفاء حق الله تعالى واما حق العبد فاستيفاؤه الى طالبه وكذا يحلف فيه القاذف
ولا ينقلب مالا عند السقوط وقوله لان ما للعبد من الحق الى آخر قيل فيه نظر لانه يلزم ان لا يكون حق
العبد غالبا اذا اجتمع الحقان اصلا وهو خلاف الاصول والمنقول فان القصاص مما اجتمع فيه وحق العبد
غالب واعترض بان من الاحكام ما ينافي الحقين جميعا وهو انه يسقط بموت المقذوف وشيء من الحقين لا
يسقط به واجيب بانا لا نقول انه يسقط بموته ولكن يتعذر استيفاؤه لعدم شرطه فان الشرط خصومة
المقذوف ولا يتحقق فيه الخصومة بعد موته وقوله ومن اصحابنا من قال يريد به صدر الاسلام ابا اليسر
فانه ذكر في مبسوطه والصحيح ان المغلب فيه حق العبد كما قال الشافعي رحمه الله لان اكثر الاحكام يدل عليه
والمعقول يشهد له لما ذكرنا ان العبد منتفع به على الخصوص وقد نص محمد في الاصل ان حد القذف حق العبد كالقصاص
الا انه فوض اقامته الى الامام لانه لا يهتدي كل احد الى اقامة الجلد وقوله وخرج الاحكام اي اجاب عن الاحكام

التي تدل على انه حق الله بجواب يوافق المذهب فقال في التفويض الى الامام ما ذكرنا ان كل احد لا يهتدي الى اقامة
الجلد وقال في عدم الارث ان عدمه لا يستوجب كونه حق الله تعالى كالشفعة وخيار الشرط لا ان الارث يجري
في الاعيان واجاب عن كون القصاص يورث بانه في معنى ملك العين لانه يملك اتلاف العين وملك الاتلاف ملك
العين عند الناس فان الانسان لا يملك شراء الطعام الا للاتلاف وهو الاصل فصار من عليه القصاص كالمملوك
لمن له القصاص وهو باق فيملكه الوارث في حق استيفاء القصاص وقوله والاول وهو ان الغالب فيه حق الله
اظهر قال في النهاية لما ذكرنا من دليل غلبة حق الله تعالى فيه وكان عامة اصحابنا عليه فكان الاخذ بقول عامة
العلماء اظهر وانتفاء ظهر وقوله ومن اقر بالقذف ومن الاحكام التي تشهد بكونه حق العبد وقوله ومن قال
لعربي يا نبطي ظاهر والنبط جيل من الناس بسواد العراق وسئل ابن عباس رضي الله عنهما عن رجل قال
لقريشي يا نبطي فقال لا حد عليه وقوله لما قلنا يعني قوله لانه يراد به التشبيه الى اخره وقوله لانه ماء السماء لقب
اي بهذا اللفظ وماء السماء وهو لقب الى المزيقيا والمزيقيا هو عمرو بن عامر فلقب بالمزيقيا لانه كان
يمزق كل يوم حلتين يلبسهما ويكره ان يعود فيهما ويانف ان يلبسهما غيره وابوه عامر بن حارثة الازدي
كان يلقب بماء السماء لانه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر عطاء وجودا وقوله واسمعيل كان عما الى
ليعقوب فان اسمعيل واسحاق ابنا ابرهيم ويعقوب بن اسحق فكان اسمعيل عما له وادخله تحت
الاباء فدل ان العم يسمى ابا **قال** ومن قال لغيره زنات في الجبل ومن قال لغيره زنات في الجبل
بالهمز وقال عنيت صعود الجبل حد عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يحد لان المهموز منه للصعود
حقيقة واستشهد المصنف لذلك بقول الشاعرة وارق الى الخيرات زناء في الجبل وقال ذكر الجبل يقرره
اي يقرر الصعود مرادا تاكيدا لكون المهموز للصعود حقيقة وقوله ولهما انه يستعمل في الفاحشة مهموزا وقيل
كلام بشير الى ان المهموز مشترك بين الفاحشة والصعود وحالة الغضب يرجح احد المحتملين عندهما
عندهما وعند محمد انه حقيقة في الصعود مجاز في الفاحشة وحينئذ يترجح قوله لان اللفظ اذا دار
بين كونه مشتركا وحقيقة ومجازا فالثاني يترجح على الاول لعدم اخلاله بالفهم ولان الياء باب الحذف فيحتمل
للدرء وقوله لما قلنا اشارة الى قوله اذا كان مقرونا بكلمة على وقوله للمعنى الذي ذكرنا اشارة الى قوله وحالة
الغضب والسباب يعين الفاحشة ومن قال لاخر يا زاني ظاهر واعترض على قوله فيصير الخبر المذكور في
الاول مذكورا في الثاني بان المراد بالاول وهو قوله يا زاني وما ثمة خبر اصلا والجواب ان المراد بالخبر الجزء
وحينئذ يستقيم الكلام لان الخبر جزء ما خص ويجوز ان يستعار للاعم ومن قال لامراته يا زانية فقالت لا بل
انت على ما ذكره في الكتاب ظاهر وقوله لان المحدود في القذف ليس باهل اللعان دليله ان اهلية اللعان تعتمد اهلية
الشهادة واقامة حد القذف يبطل اهلية شهادة المحدود في القذف وقوله ولا ابطال في عكسه اي لا ابطال لو قدمنا
اللعان لا يبطل حد القذف عن المراة لان احصان الرجل لا يبطل بجريان بينهما غايته ما في الباب ان اللعان في حق الرجل

الخطيع

تعين ح

اللعان ح

قايم مقام

١٥٦

قايم مقام حد القذف ولكن لا يخرج عن ان يكون عفيفا عن فعل الزنا فيجب حد القذف على المراة احتيالا للدرء
اللعان الذي هو بمعنى الحد وقوله ولو قالت زنيت بك يعني في جواب قوله لها يا زانية وقوله وانعدامه
اي انعدام التصديق من الزوج وقوله ويحتمل انها ارادت زناي ما كان معك بعد النكاح اعترض عليه
بان الوطي بعد النكاح لا يسمى زنا فلا يصلح محملا واجيب بان الزنا يطلق على ذلك بطريق المشاكلة كما في قوله تعالى
بل يداه مبسوطتان حملها على ذلك التركيب فرط غيظها باطلاق تلك الكلمة وعلى هذا الاعتبار لا يكون
مصدقة لزوجها فيجب اللعان على الزوج ولا يجب الحد على المراة ففي حال لا يجب الحد عليها ويجب اللعان على
الزوج وفي حال يجب الحد عليها ولا يجب اللعان فوقع الشك وجاء ما قلنا انه لا حد ولا لعان وقوله لانه
اي اللعان حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات
الاية واذا بطل التكاذب باكذاب الرجل نفسه يصار الى الاصل والولد ولده في الوجهين اي في الوجه الذي
اقر ثم نفى وعكسه وقوله لاقراره به سابقا ولاحقا اي اقرار الزوج بالولد سابقا على النفي فيما اذا اقر ثم
نفى ولاحقا فيما اذا نفاه ثم اقر به وقوله واللعان يصح بدون قطع النسب جواب عما يقال ان سبب
اللعان ههنا هو نفي الولد فلما لم ينتف الولد وجب ان لا يجري بينهما اللعان لان بطلان المتضمن
يقتضي بطلان المتضمن ووجهه ان قطع النسب ليس من ضرورة اللعان فاعتبر كل واحد منهما
اي من نسبته الى الزنا ومن نفي الولد منفصلا عن الاخر فصار كانه نسبها الى الزنا من غير نفي
الولد بان قال يا زانية وفيه اللعان فكذا ههنا الا يرى انه اذا تطاولت مدة ولادة منكوحة على
حسب ما اختلفوا فيه ثم قال ليس بابني فانه يلاعن مع ان سبب اللعان نفي الولد ولم ينتف الولد
لانه صار بمنزلة قوله انت زانية وقوله وان قال ليس بابني ولا بابنك ظاهر وقوله او قذف الملاعنة
بولد بفتح العين هكذا نقله صاحب النهاية بخط شيخه ويجوز ان يكون بكسر العين ومعناه التي
لاعنت بولد كذا في الكافي وقوله بولد متصل بالملاعنة وقوله ففاتت العفة نظرا اليها اي الى
امارة الزنا وهو اي العفة وذكره نظرا الى قوله شرط ومعناه العفة شرط وجوب القذف
على القاذف وهي فائتة فلا يجب الحد وقوله ولو قذف امراة لاعنت بغير ولد ظاهر فان قيل اللعان
قايم مقام حد الزنا في حقها فقد وجد امارة الزنا منها فينبغي ان يسقط الحد عن القاذف نظرا
الى هذا قلنا بلى لكنه قايم مقام حد القذف في جانب الزوج فبالنظر الى هذا الوجه يكون المراة محصنة
فتعارض الوجهان فتساقطا فبقي القذف سالما عن المعارض فوجب الحد على القاذف وقال صاحب النهاية
ووجدت بخط شيخي رحمه الله في جواب هذه الشبهة قلنا نعم ان اللعان في جانبها قايم مقام حد الزنا
لكن بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره فكانت هي محصنة بالنسبة الى غير الزوج فيجب الحد على قاذفها
قال ومن وطئ وطئا حراما في غير ملكه اعلم ان الوطي الحرام بالقسمة الاولية على نوعين احدهما حرام لعينه

والاخر لغيره قال الاول منشا حرمته شيآن حصوله في غير الملك من كل وجه كوطي الاجنبية او من وجه كوطي الجارية المشتركة بينه وبين غيره وحصوله في امراة هي حرام على الواطي حرمة موبدة كوطي امته وهي اخته من الرضاع ومطوي ذلك فهو من النوع الثاني كوطي امتها المجوسية ووطي امتيه الاختين قال لقاذف في النوع الاول بوجهيه لا يحد بحد القذف لفوات العفة وهو شرط الاحصان والا لقاذف صادق لان الزنا هو الوطي الحرام لعينه قال ابو حنيفة شرط ان يكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع كوطي الاب بعد ملك النكاح او ملك اليمين اذا اشتراها ابنه فوطيها لا يحد قاذفه او بالحديث المشهور كحرمة وطي المنكوحة بلا شهود فانها ثابتة بقوله صلى الله عليه لا نكاح الا بالشهود وهو مشهور وفي النوع الثاني يحد لان الحرمة فيه بعارض على وجه الزوال الا يرى ان المجوسية اذا اسلمت او اخرج احدى الاختين عن ملكه حل له الوطي فلم يكن زنا فيحد قاذفه وبقية كلامه ظاهر وقوله وهذا هو الصحيح احتراز عن قول الكرخي فانه يقول بوطيها لا يسقط احصانه كوطي امراته الحايض او المجوسية او التي ظاهر منها او المحرمة او امته التي زوجها وهي في عدة من غيره لان ملك الحل قايم ببقاء سببه ووجه ظاهر الرواية ان بين الحل والحرمة في المحل تنافيا فمن ضرورة ثبوت احدهما ينتفي الاخر والحرمة المؤبدة ثابتة فينتفي الحل وقوله لان ملك الحل قايم ببقاء سببه قلنا السبب لا يوجب الحكم الا في محل قابل له واذا لم يكن المحل قابلا للحل في حقه لا يثبت ملك الحل فكان فعله في معنى الزنا وقوله لمكان اختلاف الصحابة يعني انه مات حرا وعبدا على ما يجيء في كتاب المكاتب ان شاء الله وقوله وقد مر في النكاح اي في باب نكاح اهل الشرك قوله فقذفه مسلم حد جواب ظاهر الرواية وعلى قول ابي حنيفة رحمه الله ولا لا يحد لان المغلب فيه حق الله تعالى على ما ذكرنا فكان بمنزلة حد الزنا ووجه ظاهر الرواية ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم يدخل تحت الرد رد بانه انما استفاد اهلية الشهادة على المسلمين فاما على اهل الذمة فقد كانت الاهلية موجودة وقد صار مجروحة باقامة الحد عليه اجيب بانه ليس كذلك بل استفاد بالاسلام اهلية الشهادة على اهل الذمة تبعا لاهلية الشهادة على المسلمين وهذه غيرها كانت حين اقيم عليه الحد فان تلك كانت بطريق الاصالة وهذه بطريق التبعية للمسلمين فان اهلية الشهادة على الاشرف تقتضي اهليتها على الاخس ولقائل ان يقول سلمنا وجود المقتضي لكن المانع وهو الرد اولا موجود وقوله بخلاف العبد جواب عما يقال العبد اذا قذف فضرب الحد ثم اعتق لا تقبل شهادته فكيف قبلت شهادة الكافر اذا اسلم وكلامه ظاهر واعترض بان المعقول ههنا انعكاس حكمهما لانه لما كان للكافر شهادة في جنسه يجب ان يرد شهادته بحد القذف تتميما لحد القذف ثم يدوم ذلك الرد الى ما بعد الاسلام ولما لم يكن للعبد شهادة في شيء اصلا لم ينعقد الحد حال وجوده موجبا لرد الشهادة فكيف ينقلب موجبا للرد بعد ذلك والجواب ان شهادة الذي كانت في جنسه مردودة بحد القذف قبل الاسلام وبعده والشهادة المقبولة هي شهادة المسلم اكتسبها بالاسلام فلا يرد ولم تقل في العبد بان غير

الموجب انقلب موجبا وانما توقفنا في ايجابه الى حين امكان الموجب وهو الرد وقوله وان ضرب سوطا في قذف ظاهر واعترض بان المقام بعد الاسلام ان كان بعض الحد فالمقام قبل الاسلام كذلك فكما لا يكون رد الشهادة صفة لما اقيم بعد الاسلام فكذلك لا يصلح ان يكون صفة لما اقيم قبل الاسلام بل جعله صفة لما اقيم بعد الاسلام اولى لان العلة اذا كانت ذات وصفين فالاعتبار للوصف الاخير على ما عرف في موضعه والجواب انا لم نجعل الرد صفة للمقام قبل الاسلام ولا للمقام بعده وانما قلنا ان الرد صفة الحد والحد ثمانون ولم يوجد فلم يترتب التتمة وقيل في الجواب النص ورد بالامر بالجلد والنهي عن قبول الشهادة وكل واحد منهما غير مرتب على الاخر نصا فيتعلق كل واحد منهما بما يمكن والممكن ههنا النهي عن شهادة قايمة في الحال فيتقيد به وعن ابي يوسف انه ترد شهادته والاقل تابع للاكثر وكان الكل وجد بعد الاسلام وهو رواية عن ابي حنيفة ايضا والاول اصح لما ذكرنا ان النص ورد بالامر بالحد والنهي عن قبول الشهادة الى آخره وقوله ومن قذف او زنى الى آخره ظاهر ذكر في المبسوط لو قذف جماعة في كلمة واحدة بان قال يا ايها الزناة او بكلمات متفرقة بان قال يا زيد انت زان ويا عمرو انت زان ويا خالد انت زان لا يقام عليه الا حد واحد عندنا وعند الشافعي رحمه الله ان قذفهم بكلام فكذلك الجواب وان قذفهم بكلمات متفرقة يحد لكل واحد منهم لانه حق المقذوف وعنده فلا يجري التداخل عند اختلاف السبب وعندنا المغلب فيه حق الله وهو مشروع للزجر فيجري فيه التداخل كساير الحدود

فصل في التعزير

لما فرغ من ذكر الزواجر المقدرة الثابتة بالكتاب او السنة المشهورة ذكر في هذا الفصل الزاجر الذي دونها في القدر وفي قوة الدليل وهو التعزير وهو تاديب دون الحد واصله من العزر بمعنى الرد والردع والاصل في هذا ان من قذف غيره بكبيرة ليس فيها حد مقدر يجب التعزير وقال في الفتاوى الظهيرية اعلم ان التعزير قد يكون بالحبس وقد يكون بالصفع وتعريك الاذن وقد يكون بالكلام العنيف وقد يكون بالضرب وقد يكون بنظر القاضي اليه بوجه عبوس ولم يذكر محمد التعزير باخذ المال وقد قيل روي عن ابي يوسف رحمه الله ان التعزير من السلطان باخذ المال جايز وذكر الامام التمرتاشي ان التعزير الذي يجب حقا لله تعالى اقامته كل احد يعلمه النيابة من الله تعالى قوله ومن قذف عبدا او امة ظاهر وقوله في الجناية الاولى يعني ما اذا قذف عبدا او امة او ام ولد بالزنى لانه اي القذف بالزنا من جنس ما يجب فيه الحد وقوله في الثانية يعني قوله يا يا فاسق الى آخره وقوله لانه ما الحق الشين به للتيقن بنفيه قيل بل الحق الشين للقاذف لان كل احد يعلم انه آدمي وان القاذف كاذب وقوله صلى الله عليه وسلم من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين نقل بالتخفيف بلغ من البلوغ وهو المسموع واما ما يجري على السنة الفقهاء من التثقيل ان صح فعلى حذف المفعول الاول والتقدير من بلغ التعزير حدا في غير حد وفيه نبوة تعرف بالتامل الصحيح والمراد ان يكون تقديره من بلغ الضرب حدا في غير حد فهو من المعتدين فاذا تعذر تبليغه حدا فابو حنيفة ومحمد رحمهما الله نظرا الى ادنى الحد وهو حد العبد في القذف فصرفاه اليه وذلك اربعون فنقصا منه سوطا وهذا على ان من عنى حد الاحرار فقد بلغ حدا وهو حد العبد والتنكير في الحديث ينافيه ووجه نقصان

السوط الواحد في المذهبين جميعا هو ان البلوغ الى تمام الحد بعذر وليس بعده قدر معين كربع او ثلث او عشر فيصار
الى اقل ما يمكن للتيقن به تقديره وقت الصلوة فان الكل لما لم يمكن ان تكون سببا وليس بعده حد معين صير الى
اقل ما يمكن وهو الجزء الذي لا يتجزى وكلامه واضح وقوله فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا يعني فيكون فيه اكثر
الجلدات وقوله والقذف بغير الزنا من حد القذف يعني يكون فيه اقل الجلدات وقوله لانه يعني الحبس صلح تعزيرا وقوله
وقد ورد الشرع به اى بالحبس وهو ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا للتعزير وقوله ولهذا لم يشرع
في التعزير بالتهمة لايضاح ان الحبس يصلح للتعزير فيما يجب فيه التعزير اى لم يشرع الحبس بسبب التهمة في الذي
يوجب التعزير لو ثبت قبل ثبوته بان شهد شاهدان مستوران على انه قذف محصنا فقال يا فاسق ويا كافر
فلا يحبس المتهم قبل تعديل الشهود وفي فصل الحد يحبس بالتهمة لان في باب الحد شيئا اخر فوق الحبس وهو اقامة
الحد عند وجود موجبه فيجوز ان يحبس في تهمته لتناسب اقامة العقوبة الادنى بمقابلة الذنب الادنى وفي باب الاموال
والتعزير لا يحبس بالتهمة لان الاقصى فيهما عقوبة الحبس فلو حبسنا بالتهمة فيهما لكان اقامة العقوبة
الاعلى بمقابلة الذنب الادنى وهو مما يأباه الشرع ولما لم يشرع الحبس عند تهمة موجب التعزير علم ان الحبس
من التعزير اذ لو لم يكن الحبس من التعزير لحبس عند تهمة موجب التعزير كما يحبس بتهمة موجب الزنا فلما
كان الحبس من التعزير بهذا الدليل جاز للامام ان يضمه الى الضرب ان راى ذلك كما ان للامام الراى في تقدير الضرب
فكذلك في ضم الحبس الى الضرب **قال** واشد الضرب التعزير قال الحاكم في الكافي وضرب التعزير اشد من
ضرب الزاني وضرب الزاني اشد من ضرب الشارب وضرب الشارب اشد من ضرب القاذف وضرب القاذف اخف
من جميع ذلك وانما كان ضرب التعزير اشد لانه ناقص المقدار وهو تخفيف فلا يخفف ثانيا في وصفه كيلا
يودي الى تفويت المقصود وهو الزجر واختلف المشايخ في شدته قال في شرح الطحاوي قال
بعضهم هو الجمع في عضو يجمع الاسواط في عضو واحد ولا يفرق على الاعضاء بخلاف ساير الحدود وقال
بعضهم لا بل شدته في الضرب لا في الجمع ويدل على ذلك ما روى ابو عبيد وغيره ان رجلا اقيم على ام
سلمة رضي الله عنها فضربه عمر رضي الله عنه ثلثين سوطا كلها يبضع ويحذر اى يشق ويورم ومعلوم ان
عمر رضي الله عنه ضربه بطريق التعزير ولعل المصنف اختاره يشير اليه قوله ولهذا لم يخفف
من حيث التفريق على الاعضا فلو كان الشدة عنده عبارة عن عدم التفريق يلزم توضيح الشيء
بنفسه وقوله ثم حد الزنا ظاهر وقوله ومن حده الامام او عزره فانه فدمه هدر ذكر مسئلتين
احديهما مبنية على الامر وهو لا تقتضي السلامة في اتيان المامور به والاخرى على الاطلاق
وهو تقتضيها والفرق بينهما ان الامر لطلب المامور به وهو من الاثباتات وهي لا تقبل التعليق بالشرط
لانه حينئذ يشبه القمار ولانه لما وجب على المامور ذلك الفعل بالامر فياتي المامور بما في وسعه غير
مراقب للسلامة لانه قد لا يتحقق بوصف السلامة فيبقى المامور في خطر الوجوب واما الاطلاق فاسقاط

لكونه

لكونه دفع القيد وهو قابل للتعليق فيتقيد بوصف السلامة ولان الفعل المطلق في اختيار فاعله
لانه حق الفاعل ان شاء فعل وان شاء لم يفعل فينبغي ان يتقيد بوصف السلامة لانه لا ضرورة في ترك
وصف السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي رحمه الله في التعزير يجب الدية في بيت المال لان
الاتلاف خطأ فيه اذ التعزير للتاديب غير انه يجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يعود الى عامة
المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا انه لما استوفى حق الله تعالى بامره صار كان الله تعالى اماته من
غير واسطة فلا يجب الضمان والله تعالى اعلم **كتاب السرقة** لما فرغ من
ذكر الزواجر المتعلقة بصيانة النفوس شرع في ذكر المزجرة المتعلقة بصيانة الاموال لان صيانة
النفس اقدم من صيانة المال والسرقة في اللغة عبارة عما ذكر في الكتاب وقوله تعالى الا من استرق
السمع فاتبعه معناه استمع اليه على وجه الخفية وقوله وقد زيدت عليها اوصاف في الشريعة
هي ان يقال السرقة اخذ مال الغير على سبيل الخفية نصابا محرزا للتمول غير متسارع اليه الفساد
من غير تاويل ولا شبهة والمعنى اللغوي وهو اخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار
مراعى فيها قال صاحب النهاية اعلم ان ما نقله الشارع الينا على ثلثة اقسام احدها ما هو المقرر
على ما انبانا اللغة من غير تغيير كقوله تعالى وجاء اخوة يوسف ولما جهزهم والثاني ما
هو المعدول عما انبانا به اللغة من كل وجه كالصلوة والزكوة والصوم فان الصلوة شرعا
عبارة عن الاركان المعهودة وليس لها انباء لغوي وكذلك في غيرها والثالث ما انبانا به
اللغة مقرر مع زيادة شيء فيه شرعا كالسرقة على ما ذكرنا وفيه نظر لان الصلوة في اللغة الدعاء
وهي مقررة في الشرع مع زيادة اوصاف وكذلك الصوم هو الامساك والزكوة هو النماء والحج
هو القصد والمعاني اللغوية في ذلك موجودة مع زيادة اوصاف ويمكن ان يجاب عنه بانه نظير
على المثال وهو ليس بصحيح وقوله كما اذا نقب الجدار على الاستسرار نظير ما يكون معناه اللغوي
موجودا ابتداء وترك نظير الاول بظهوره وكان القياس ان لا يقطع فيما اذا نقب الجدار على
الاستسرار واخذ المال من المالك مكابرة اى مقاتلة بسلاح لان ركن السرقة الاخذ على
سبيل الخفية والاستسرار والخفية ان وجدت وقت الدخول لم يوجد في وقت الاخذ فان
الاخذ حصل بطريق المغالبة لكنهم استحسنوا وقالوا بوجوب القطع لانهم لو اعتبروا الخفية
وقت الاخذ لامتنع القطع في اكثر السرقات لان اكثرها في الليالي يصير مغالبة في الانتهاء لانه
لا يلحق الغوث وقوله ومن يقوم مقامه يعني المودع والمستعير والمضارب والغاصب والمرتهن
قال اذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم اى اذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته
ذلك مضروبة من حرز لا شبهة فيه على ما سيظهر لك معناه وجب القطع لقوله تعالى والسارق والسارقة

فاقطعوا ايديهما فان الحكم اذا ترتب على صفة كان مصدرها علة له كما عرف والآية كما ترى عام لكنه لم
يتناول الصبي والمجنون لانه خطاب الشرع فهو تكليف ولا تكليف الا مع العقل والبلوغ فلا بد من
تحققهما لتحقق الجناية المستلزمة للجزاء واما تقدير المال فلما ذكره في الكتاب وهو قول فقهاء الا
واما اصحاب الظواهر فلا يعتبرون النصاب في الكتاب وهو منقول عن البصري لا استدلالا بظاهر الآية
فانه ليس فيها ما يدل على النصاب اصلا بخلاف كونه مالا محرزا فان لفظ السرقة يدل على ذلك لان
اخذ المباح يسمى اصطيادا او احتطابا لا سرقة وكذلك ما ليس بمحرز فاخذه لا يسمى سرقة لا
مسارقة عين الحافظ وقلنا معنى اسم السارق يدل على خطر المأخوذ لانه مشتق من السرقة وهي
القطعة من الحرير فلا بد من التقدير بالمال الخطير محافظة على المفهوم اللغوي والتقدير بعشرة الدراهم
بقوله صلى الله عليه لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم رواه الترمذي في جامعه عن ابن مسعود رضي الله
عنه وقوله والدرهم ينطلق على المضروبة عرفا بيان لقوله عشرة دراهم مضروبة كالمستدل على ان لفظ
الدراهم المذكور في الحديث والمراد بالكتاب القدوري وقوله وهو الاصح احتراز عما روى الحسن عن
ابي حنيفة ما يدل على ان المضروبة وغيرها سواء وكلامه فان قلت روت عائشة رضي الله عنها ان يد
السارق لم يقطع في عهد النبي عليه السلام الا في ثمن مجن جحفة او ترس وروى مالك عن نافع عن
عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارقا في مجن ثمنه ثلثة دراهم وقد اخرج
مالك وروت عمرة عن عائشة رضي الله عنها موقوفا ومرفوعا الى النبي عليه السلام ان النبي صلى الله عليه وسلم
كان يقطع في ربع دينار فصاعدا وبها الشافعي فما وجه دفع ذلك قلت مدلول الحديثين واحد لان
قيمة الدينار كانت اثني عشر درهما وثلاثة دراهم كانت ربع دينار ويعارضها ما روي في السنن
وشرح الآثار مسندا الى عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع رجلا
في مجن قيمته دينار او عشرة دراهم ولما تعارضا ولا مرجح صرنا الى الاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع
الا في دينار الحديث والى المعقول وهو ان العمل بمذهبنا يستلزم العمل بمذهبهما مع اشتماله على الاحتيال
للدرء فوجب العمل به **قال** والعبد والحر في القطع سواء قدم ذكر العبد على الحر لكونه لان عدم التساوي
انما يتوهم من جهته وكلامه واضح وبيان قوله ان السرقة ظهرت بالاقرار مرة السرقة ظهرت بالاقرار
مرة واحدة لانها تظهر بشهادة شاهدين وكل ما يظهر بشهادة شاهدين يظهر بالاقرار مرة واحدة
كالقصاص وحد القذف وغيرهما وكل ما يظهر بالاقرار مرة واحدة يكتفى به فلا حاجة الى الزيادة واذا
تلمحت هذا البيان وجدت الاعتراض بان الزنا ايضا يظهر بالاقرار مرة ساقطا وقوله ولا اعتبار
بالشهادة جواب عن قياس احدى الحجتين بالاخرى ببيان الفارق وهو ما ذكر ان الزيادة تفيد
فيما تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الاقرار شيئا لانه لا تهمة فيه وقوله وباب الرجوع جواب عما يقال انما

واخرج ح

اخذ ح

يشترط

١٥٩

يشترط التكرار لقطع احتمال الرجوع كما في الزنا ووجه ذلك انه لو اقر مرارا كثيرة ثم رجع صح رجوعه في حق
الحد لانه لا مكذب له فيه بخلاف الرجوع عن المال فان له مكذبا وهو صاحب المال فلا يصح فظهر بهذا ان لا فائدة
في تكرار الاقرار لا في حق القطع ولا في حق اسقاط ضمان المال بالاقرار وقوله واشتراط الزيادة في الزنا
جواب عن قوله ولذلك اعتبرنا في الزنا وينبغي ان يسألهما الامام عن كيفية السرقة فيقول كيف سرقت لجواز انه نقب
البيت وادخل يده واخرج المتاع فانه لا قطع فيه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعن ماهيتها لجواز ان يكون المأخوذ
شيئا تافها ولا قطع فيه وهذا مشكل لان ماهية السرقة على ما قدمنا لا يذكرها الا احاد الفقهاء فيحتاج الى حضور
الفقهاء شرط الظهور وفي ذلك سد باب القطع وعن زمانها فيما يثبت بالبينة لجواز تقادم العهد لوجود
التهمة بخلاف ما اذا ثبت بالاقرار فان التقادم فيه ليس بمانع لعدمها فلا يسأل عن الزمان فان قيل الشاهد في تاخير
الشهادة ههنا غير متهم لانه لا تقبل شهادته بدون الدعوى فينبغي ان لا يسأل فيما اذا ثبت بالبينة كما لا يسأل
فيما ثبت بالاقرار قلنا ان الجواب تقدم في باب الشهادة على الزنا وعن مكانها لجواز انه سرق من غير الحرز و
في دار الحرب وقال في المحيط ويسألهما عن المسروق منه ايضا لجواز ان يكون المسروق منه ذا رحم محرم منه
او احد الزوجين ولعله مستغنى عنه لان المسروق منه حاضر يخاصم والشهود تشهد بالسرقة منه فلا حاجة الى
السؤال عن ذلك وقوله ويحبسه اي المشهود عليه لانه صار متهما بالسرقة فيحبس لما روينا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
حبس رجلا بالتهمة وقوله واذا اشترك جماعة ظاهر واستشكل بما اذا قتل جماعة واحدا فانه يقتل كلهم وان لم يوجد
من كل واحد منهم القتل على الكمال واجيب بان القصاص يتعلق باخراج الروح وهو لا يتجزى فيضاف الى كل واحد منهم كملا

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع لما فرغ من ذكر تفسير السرقة وشروطها وما يتعلق بها ذكر
في هذا الباب مسروقا يوجب القطع ومسروقا لا يوجبه وان وجد فيه النصاب في لا بد مما قيل كان الواجب ان يذكر
قوله واذا اشتركت جماعة في سرقة في هذا الباب لانه ان اصاب كل واحد منهم نصاب كان مما يقطع فيه وان اصابه اقل
كان مما لا قطع فيه ان هذا الباب لبيان ما يقطع فيه وما لا يقطع بعد وجود النصاب وقوله لا قطع فيما يوجد تافها
ظاهر والمغرة بالفتحات الثلث الطين الاحمر وتسكين الغين فيه لغة وقوله ما يوجد جنسه مباحا وقوله حقير خسيس
وقوله بصورته احتراز عن الابواب والاواني المتخذة من الخشب والحصر البغدادية فان في سرقتها القطع وان كان
اصلها من الخشب واصل الحصير يوجد مباحا لتغيرها عن صورتها الاصلية بالصنعة المتقومة وقوله غير مرغوب فيه
نصب على الحال وهو احتراز عن الذهب والفضة واللؤلؤ والجوهر فانها توجد مباحا في دار الاسلام لكنها مرغوب
فيها وهو ظاهر المذهب وروى هشام عن محمد اذا سرقها على الصورة التي توجد مباحة وهي ان تكون مختلطة بالحجر
والتراب لا يقطع ووجه الظاهر انها ليست بتافهة جنسا فان كل من يتمكن من اخذه لا يتركه عادة وقوله والطباخ لا
نضن بها اي لا يبخل بفتح الضاد وهو الاصل وجاء الكسر ايضا وقوله فقل ما يوجد اخذه على كره من المالك فقليل وجود
طوق الدلالة بالمالك عند اخذ هذه الاشياء منه بل يرضى بالاخذ توقيا عن طوق سمة الخسة وتفاديا عن نسبته الى الدناءة

جود

وقوله يقل الرغبات فيه
جملة استينافية ح

خانه ح

الطبيعة فلا حاجة الى شرع الزواجر وقوله والطير يطير والصيد يفر يعني لما كان الامر كذلك قلت الرغبة فلا يشرع
الزواجر في مثله وهو معطوف على قوله الخشب يلقى على الابواب وقوله وكذا الشركة العامة التي كانت فيه اي فيما
يوجد جنسه مباحا وهو على لذكل اي الصفة التي كان عليها وهي شركة يحترز به عن الابواب والاواني المتخذة من الخشب
كما ذكرنا يورث الشبهة اي شبهة الاباحة بعد احرازه والحديث يدل بها في التعبير بالشركة العامة اشارة الى
قوله صلى الله عليه الناس شركاء في ثلثة في الكلاء والماء والنار وقوله لما ذكرنا يعني قوله والطير يطير والصيد يفر
والسمك المالح هو المقدد الذي فيه الملح وقوله والحجة عليهما ما ذكرناه يعني حديث عايشة رضي الله عنها وما ذكر
بعده والجمار شحم النخل وهو شيء ابيض يقطع من روس النخل ويوكل والودي به صغار النخل وقوله كالمهيا للاكل
يعني مثل الخبز واللحم وامثالهما لانه يقطع في الحنطة والسكر بالاجماع اذا لم يكن العام عام مجاعة وقحط اما اذا كان
فلا قطع سواء كان مما يتسارع اليه الفساد او لا وقوله كاللحم والثمر اللحم راجع الى قوله كالمهيا للاكل منه والثمر
راجع الى قوله وما في معناه فكان كلامه لفا ونشرا وقال الشافعي يقطع فيهما اي فيما ذكرنا من اللبن واللحم
والفواكه الرطبة والطعام والجرين المربد وهو الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليجف وقيل هو موضع يدخر فيه
التمر والجران مقدم عنق البعير من مذبحه الى منحره والجمع جرن فجاز ان يسمى الجراب منه المتخذ منه فكان
المراد الطرفين ويجوز ان يكون الشك من الراوي قلنا اخرجه على وفاق العادة فان في عادتهم ان الجرين
لا يوعى الا اليابس من الثمر وفيه القطع في الرواية المشهورة قال ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع
لا قطع في الفاكهة على الشجر وكان هذا معلوما من قوله والفواكه الرطبة لكن اعاده تمهيدا لقوله والزرع
الذي لم يحصد لعدم الاحراز فيهما ولا قطع في الاشربة المطربة اي المسكرة قال في الصحاح الطرب خفة
تصيب الانسان لشدة حزن او سرور وفسر السكر في اصول الفقه بانه غلبة سرور في العقل فالنفيا
في معنى السرور فلذلك استعير الاطراب للاسكار قال الامام التمرتاشي لا قطع في الاشربة المسكرة وهو
يوذن بصحة تفسير المطربة بالمسكرة وقوله لان بعضها ليس بمال اي بمال متقوم كالخمر وفي ماليته بعضها
اختلاف يعني كالمنصف والباذق وماء الذرة والشعير لانها عند ابي حنيفة متقومة خلافا لهما قال انا فيد
الاشربة بكونها مطربة لما انه ذكر في الايضاح ويقطع في الخل لانه لا يتسارع اليه الفساد كذا في النهاية
ونقل الناطفي عن كتاب المجرد عن ابي حنيفة رحمهما الله قال لا قطع في الخل لانه قد صار خمر امرة ولا في الطنبور لانه
من المعازف والمعازف الات اللهو التي تضرب بها الواحد عزف رواية عن العرب وقوله ولا في سرقة المصحف
ظاهر والصليب شيء مثلث كالتمثال يعبده النصارى والشطرنج بكسر الشين والنرد معروفان ولا قطع
فيها وان كان من ذهب او فضة وقوله لانه ان كان الصليب في المصلى اي في موضع صلوة النصارى وهو متعبدهم و
قوله وما عليه من الحلى تابع لا يقال يجوز ان يكون مقصوده من الاخذ هو الحلى فلا يكون تابعا لانه لو كان كذلك مقصوده
لاخذ الحلى وترك الصبي وقوله يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره معناه سرق ما يجب فيه القطع وما لا

والمعازف الملاهي والعازف اللاعب بها [illegible]

يجب

يجب وضم ما لا يجب فيه القطع الى ما يجب فيه القطع لا يسقط كما لو سرق ثوبا خلقا لا يساوي نصابا وفيه
عشرة دراهم بيض مضروبة وقوله فعلى هذا اذا سرق اناء فضة ظاهر والدفاتر جمع دفتر وهي
الكراريس ولا قطع فيها كلها سواء كانت للتفسير والحديث والفقه لان المقصود منها ما فيها وذلك ليس
بمال الا في دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ فكان المقصود هو الاوراق وهو مال متقوم فاذا بلغ قيمته
نصابا يقطع وعموم كلامه يشعر بان دفاتر الاشعار كدفاتر الفقه في عدم وجوب القطع لكونها محتاجا
اليها لمعرفة اللغة ومعاني القران والحاجة وان قلت كفت لايراث الشبهة ومن الناس من الحقها بدفاتر
الحساب لكونها غير محتاج اليها في معرفة احكام الشرع ولا يقطع في سرقة كلب ولا فهد وهو ظاهر ولا في
دف ولا طبل والدف بضم الدال وفتحها الذي يلعب به وهو نوعان مدور ومربع والمراد بالطبل طبل اللهو
واما طبل الغزاة فقد اختلف فيه المشايخ واختيار الصدر الشهيد عدم وجوب القطع لانه كما يصلح
للغزو يصلح لغيره فيتمكن الشبهة وقوله لان عندهما لا قيمة لها بدليل ان متلفها لا يضمنه وعند
ابي حنيفة وان كان يجب الضمان على المتلف فهو فهي متقومة لكن اخذها نهيا عن المنكر فيما فكان ذلك
شبهة والساج خشب يجلب من الهند والقنا بالقصر جمع قناة وهي خشبة الرمح والابنوس
بمد الهمزة وفتح الباء معروف وقوله ولا توجد بصورتها مباحة في دار الاسلام انما قيد بدار
الاسلام لان الاموال كلها باقية على الاباحة في دار الحرب وقوله واذا اتخذ من الخشب اي ان فرق
بين العمل المتصل بالخشب والعمل المتصل بالحشيش بغلبة الصنعة على الاصل في الخشب بغلب الصنعة
على الجنس فيخرج عن الجنس المباح بانه ازداد يحصل في قيمته ويعززه بحيث انهم يدخلونه في
الحرز واما في الحشيش فليس كذلك ولهذا يفرشونه في غير الحرز حتى لو غلبت الصنعة على الاصل
كالحصر البغدادية يجب القطع وقوله وانما يجب القطع اي في الابواب في غير المركب بالجدار اما
اذا كانت مركبة بالجدار فقلعها فاخذها فانه لا يقطع لان القطع انما يكون في مال محرز لا فيما
يحرز به وما في البيت من المتاع فانما يحرز بالابواب المركبة فلا يكون محرزة قيل هذا في الباب
البراني واما الباب الداخلي في الداخل ففيها القطع لانه محرز بالبراني وقوله وانما يجب اذا كان
خفيفا وقوله ولا قطع على خاين الخيانة هو ان يخون المودع ما في يده من الشيء المامون
والانتهاب ان ياخذ على وجه العلانية قهرا من ظاهر بلدة او قرية والاختلاس ان ياخذ
من البيت سرعة جهرا والوجه ما ذكر في الكتاب وهو واضح قال ولا قطع على النباش
اختلف الصحابة رضي الله عنهم في مسئلة النباش فقال عمر وعايشة وابن مسعود وابن الزبير رضي الله تعالى عنهم اجمعين
بوجوب القطع على النباش وقال ابن عباس رضي الله عنهما لا قطع عليه وقد اتفق على ذلك من
بقي في عهد مروان على ما روي ان نباشا اتى به مروان فسال الصحابة عن ذلك فلم يثبتوا فيه

من الصحابة

مطلب في حكم سرقة طبل الغزاة

شيئا فعزره اسواطا ولم يقطعه وبه اخذ ابو حنيفة ومحمد رحمهما وبالاول اخذ ابو يوسف
والشافعي رحمهما الله لقوله صلى الله عليه وسلم من نبش قطعناه ولانه مال متقوم محرز بحرز
مثله فيقطع فيه اما انه مال متقوم فلا شبهة فيه فان اللباس ثوب بالميت لا يخرجه عن التقوم
واما انه محرز فلانه ليس بمضيع الا يرى ان الاب والوصي اذا كفنا الصبي من ماله لا
يضمنان وما لا يكون محرزا يكون مضيعا وفيه الضمان واما قوله بحرز مثله بحرو لحر
فلما بينه الطحاوي حرز كل شيء معتبر بحرز مثله حتى انه اذا سرق دابة من اصطبل يقطع
ولو سرق لولوة من الاصطبل لم يقطع واذا سرق شاة من الحظيرة يقطع ولو كان فيها ثوب
فسرقه لا يقطع لان الشاة لا يحرز بالحصن منها اذا كان بابها بحيث يمنع اخراج الشاة
دون دخول الادمي واخراج ساير الاموال قوله ولهما اي لابي حنيفة ومحمد وكلامه ظاهر
لا يحتاج الى شرح قوله وان كان في بيت مقفل بسكون القاف من اقفل الباب قوله فهو على
الخلاف في الصحيح بيانه ما قال في المبسوط واختلف المشايخ فيما اذا كان القبر في بيت مقفل
ثم قال والاصح عندي انه لا يجب القطع سواء كان نبش الكفن او سرق مالا من ذلك البيت لان
بوضع القبر فيه اختل صفة الحرز في ذلك فان لكل من الناس تاويلا بالدخول فيه لزيارة القبر
ولذلك اختلفوا فيما سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت فمنهم من قال يقطع لانه محرز بالقافلة
قال شمس الائمة والاصح عندي انه لا يجب القطع لاختلال صفة المالكية والمملوكية في الكفن من الوجه
الذي قررناه قوله لما بيناه اشارة الى قوله عليه السلام لا قطع على المختفي وهو قوله لا ملك للميت
حقيقة قوله ولا يقطع السارق من بيت المال ظاهر قوله لما قلنا والحال والمؤجل فيه اي في عدم القطع
سواء اما اذا كان حالا فظاهر واما اذا كان مؤجلا فلان التاجيل ليس الا لتاخير المطالبة واما نفس وجوب
الدين فثابت قبل المطالبة ايضا والقياس ان يقطع لانه سرق ما لا يباح له الاخذ كما لو سرق من
خلاف جنسه ووجه الاستحسان ان الاخذ ان لم يكن مستحقا لمكان الاجل كان له شبهة الاخذ وهي كافية
للدرء قوله وكذا اذا سرق زيادة على حقه ظاهر قوله لان له ان ياخذ عند بعض العلماء يريد به
ابن ابي ليلى فانه يقول واذا ظفر بخلاف جنس حقه كان له ان ياخذه لوجود المجانسة باعتبار صفة
المالية ومن العلماء من يقول له ان ياخذه رهنا لحقه واختلاف العلماء يورث الشبهة قلنا هذا
القول لا يستند الى دليل ظاهر اذ القياس ان لا ياخذ جنس حقه في الدين الحال لان حقه في الوصف في
الحقيقة وهذا عين لكنا تركناه فيه لقلة التفاوت بينهما ولا كذلك خلاف الجنس لفحش التفاوت
فلا يترك القياس ولا يعتبر بدون اتصال الدعوى حتى لو ادعى ذلك اي انما اخذه قضاء لحقه او رهنا به درئ
الحد عنه لان فعله في موضع الاجتهاد لا ينفك عن شبهة وان كان هو مخطئا في ذلك التاويل عندنا

اشارة الى ما يفهم من قوله لانه مال العامة وهو منهم فانه يفهم من ذلك ان له حقا فيه و لما قلنا اشارة اليه و قوله صح

قوله

قوله ولو كان حقه دراهم ظاهر قوله وقيل لا يقطع وقيل هو الاصح لان النقود جنس واحد كما في الزكوة
والشفعة قوله ومن سرق عينا ظاهر قوله لان الثانية متكاملة كالاولى ووجه التشبيه هو ان
المتاع بعد رده على المسروق منه في حق السارق كعين اخرى في حكم الضمان حتى لو غصبها
او اتلفها كان ضامنا فكذلك في حكم القطع لما انه مال معصوم كامل المقدار اخذ من حرز لا شبهة
فيه فبهذه الاوصاف لزمه القطع في المرة الاولى فكذلك في المرة الثانية وما كونه اقبح فظاهر
لتقدم الزاجر قوله ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد اشارة الى
قوله بعد اوراق ولنا قوله عليه السلام لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه الى اخره وسقوط
عصمة المحل يوجب انتفاء القطع فان قيل العصمة وان سقطت بالقطع لكنها عادت بالرد الى المالك
اجاب بقوله وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام
الموجب وهو القطع فيه فقوله نظرا الى اتحاد الملك احتراز عن لو تبدل الملك في ذلك وهو جواب عن قوله
كما اذا باع المالك من السارق الى اخره قوله والمحل احتراز عما اذا تبدل المحل كما في صورة
الغزل وهو قوله فيما يجيء بقوله فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون غزلا الى اخره قوله وقيام
الموجب اي موجب سقوط العصمة وهو احتراز عما كان قبل القطع قوله بخلاف ما ذكر يعني ابا يوسف
من صورة البيع لان الملك قد اختلف باختلاف سببه واصله حديث بريرة رضي الله عنها وهو
معروف قوله ولان تكرار الجناية معطوف على قوله ولنا ان القطع فهو دليل وتقريره تكرار
الجناية منه بالعود الى سرقة ما قطع فيه نادر جدا لتحمله مشقة الزاجر والنادر لعري عن مقصود
الاقامة وهو تقليل الجناية فلا يحتاج اليها وصار كما اذا قذف المحدود في القذف المقذوف الاول بالزنا
الاول فانه لا يحد نظرا الى عرائه عن مقصود الاقامة فان قيل نظير مسئلتنا حد الزنا في كون
الحد في كل منهما خالص حق الله ثم حد الزنا يتكرر بتكرر الفعل في محل واحد حتى ان من زنا
بامراة فحد ثم زنا بتلك المراة مرة اخرى يحد ثانيا بخلاف حد القذف فان فيه حق العبد خصوصا
على اصل الخصم وخصومة المقذوف في الحد في المرة الثانية غير مسموع على ان المقصود اظهار
كذب القاذف ودفع العار عن نفسه وقد حصل ذلك بالمرة الاولى اجيب بان حد القذف نظير
مسئلتنا من حيث ان هذا حد لا يستوفى الا بالخصومة فلا يتكرر بتكرر الخصومة
من شخص واحد في محل واحد كحد القذف والفرق بين المتنازع فيه وصورة الزنا ان
الحد في الزنا انما هو باعتبار المستوفى والمستوفى في المرة الثانية غير المستوفى في المرة
الاولى لان الاول تلاشى واضمحل والمسروق في المتنازع فيه هو بعينه المسروق في المرة الاولى
قوله فان تغيرت عن حالها ظاهر والقطع بالجر عطف على قوله من اتحاد

فصل في

الحرز والاخذ منه لما كان تحقق السرقة موقوفا على كون المسروق مالا محرزا وفرغ عن ذكر الموصوف شرع في بيان الحرز الذي يحصل بالوصف ثم العلة في سقوط القطع عن قرابة الولاد امران البسوطة في المال وفي حق الدخول في الحرز وعن ذي الرحم المحرم امر واحد وهو البسوطة في الدخول في الحرز ولهذا اباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة الوجه والكف على ما يجيء في كتاب الكراهية وقوله وفي الثاني يعني في ذي الرحم المحرم خلافا للشافعي رحمه الله فانه يقول في غير الوالدين والمولودين يجب القطع لانه الحقها بالقرابة البعيدة وقد بيناه في العتاق ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره ينبغي ان لا تقطع لعدم الحرز ولو سرق مال ذي الرحم المحرم من بيت غيره قطع لوجود الحرز وقوله وان سرق من امه من الرضاع ظاهر وقوله لهما
والمحرمية بدونها اي بدون القرابة لا يحترم اي لا يجعل حرمة فوته عادة كما اذا ثبت يعني المحرمية بالزنا فانه اذا سرق من بيت بنت المراة التي زنا بها لا يعد شبهة في قطع اليد بل يقطع وان كانت المحرمية موجودة وكذلك اذا ثبت بالتقبيل عن شهوة واقرب من ذلك اي من الحرمة الثابتة بالزنا الاخت من الرضاعة يعني ان الام من الرضاع اشبه الى الاخت من الرضاع في اثبات الحرمة من الحرمة الثابتة بالزنا ثم السرقة من بيت الاخت من الرضاع موجبة للقطع بالاجماع فيجب ان يكون بالزنا
من بيت امه من الرضاع كذلك ووجه الاقربية ان الحاق الرضاع بالرضاع اقرب من الحاقه وقوله وهذا اي القطع مع الدخول عليها من غير استيذان وحشمة لان الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب واذا سرق احد الزوجين من الاخر ظاهر وقوله ودلالة معناه انها لما بذلت نفسها وهي انفس من الاموال فلان تبذل المال اولى وهو نظير الخلاف في الشهادة فان شهادة احد الزوجين لا يقبل للاخر عندنا وعنده يقبل في احد قوليه بل ههنا اولى لان هذه البسوطة لما منعت قبول الشهادة فلان يمنع القطع وهو مما يندرئ بالشبهات اولى وقوله
وهو ماثور عن علي رضي الله عنه انه اتي برجل قد سرق من المغنم فدرأ عنه الحد وقال ان له فيه نصيبا يريد به ما روى عن علي رضي الله عنه ٦٦
قال والحرز على نوعين الحرز في اللغة عبارة عن المكان الحصين وفي الشرع ان يقال هو ما يقصد به حفظ الاموال وهو على نوعين حرز لمعنى فيه وهو انما يكون بالمكان المعد لحفظ الامتعة والاموال ويختلف ذلك باختلاف الاموال كالدور والبيوت والصندوق والحظيرة للغنم والبقر وحرز بالحافظ كمن جلس في الطريق وفي المسجد وعنده متاعه فانه محرز به وكل واحد منهما ينفك عن الاخر فقد ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع من سرق رداء صفوان من تحت راسه وهو نائم في المسجد وهو ليس بحرز لانه لم يقصد به الاحراز واذا سرق من البيت وان لم يكن له باب او له باب ولكنه مفتوح وصاحبه ليس عنده لقطع ففي الحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ فلو سرق من بيت ماذون له بالدخول

لكن

لكن مالكه يحفظه لا يقطع لان المعتبر هو الحرز بالمكان وقوله هو الصحيح احتراز عما ذكر في العيون انه عند ابي حنيفة رحمه الله يقطع فيه ووجه الصحيح ان الحرز الحقيقي هو الحرز بالمكان لانه يمنع وصول اليد الى المال ويكون المال مختفيا به واما الحرز بالحافظ فانه وان منع وصول اليد اليه لكن المال لا يختفي به ثم الحرز بالمكان لا يجب القطع بهتكه الا باخراج المتاع منه لقيام يده قبله والحرز بالحافظ يجب القطع فيه اذا اخذ المال لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فيتم السرقة وهذا ايضا مما يدلك على ان الحرز بالمكان اقوى ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا او نائما والمتاع عنده او تحته هو الصحيح لان النائم عند متاعه يعد حافظا لمتاعه وقوله
هو الصحيح احتراز عن قول بعض مشايخنا ان صاحب المتاع انما يكون محرزا لمتاعه في حال نومه اذا جعل المتاع تحت راسه او تحت جنبه اما اذا كان موضوعا بين يديه فلا يكون محرزا له في حال نومه اخذوا ذلك من قوله في الاصل المسافر ينزل في الصحراء فيجمع متاعه ويبيت عليه فسرق منه رجل قطع قالوا قوله يبيت عليه يشير الى انه انما يقطع اذا نام عليه وما اليه مال الامام شمس الائمة وقال المودع والمستعير لا يضمنان بمثل ذلك لانه ليس بتضييع بخلاف ما قاله في الفتاوى يعني قال فيها انهما يضمنان في هذه الصورة و لكن ذكر في الفتاوى الظهيرية مثل ما ذكره شمس الائمة ثم قال وقالوا انما لا يجب الضمان اذا وضع الوديعة بين يديه ونام فيما اذا نام قاعدا واما اذا نام مضطجعا فعليه الضمان وهذا اذا كان في الحضر واما اذا كان في السفر فلا ضمان عليه نام قاعدا او مضطجعا كذا في النهاية وقوله ولا قطع على من سرق من حمام يعني في الوقت الذي اذن للناس بالدخول فيه او من بيت اذن للناس في دخوله لوجود الاذن عادة يعني في الحمام وحقيقة يعني في البيت الذي الذي ج
اذن للناس بالدخول فيه وقوله يدخل في ذلك اي قوله او من بيت اذن للناس في دخوله وقوله الا اذا سرق منها ليلا استثناء من قوله ولا قطع وقوله من سرق من المسجد متاعا ظاهر وقوله ومن سرق سرقة اي مالا ويسمى الشيء المسروق سرقة مجازا ومنه قول محمد اذا كانت السرقة مصحفا وقوله وان كانت فيها اي في الدار مقاصير اي حجرات في بيوت وقوله وان اغار انسان اي خلس عنه قال في النهاية ناقلا عن المغرب ان اغار لفظ شمس الائمة الحلواني والصيمري و اما لفظ محمد فهو وان اغار انسان من اهل المقاصير انسانا على متاع من يسكن مقصورة اخرى ولفظ شمس الائمة السرخسي كذلك وكانه اصح لان الاغارة في باب السرقة غير لايقة لان السرقة اخذ مال في خفاء وحيلة فلذلك سمي السارق به لانه يسارق عين المسروق منه والاغارة اخذ في الجهرة هرة
مكابرة ومغالبة وقيل يجوز ان تكون بعض اهل المقاصير يدخل على بعض آخر بالليل جهرا ومكابرة و

مختفيا عن عين الناس ومثل هذا المعنى لا يليق به الا الاغارة واذا صلح المعنى جاز ان يكون لفظ الاغارة مرويا
عن محمد رحمه الله وكان قول المصنف فسرقه منه بعد قوله اغار اشارة الى هاتين الجهتين وقوله لما بيناه
اشارة الى قوله لان كل مقصور الى اخره وقوله واذا نقب اللص البيت ظاهر وقوله وهي بناء على مسئلة تاتي بعده انما
الحمسئلة نقب البيت وقوله وان القاه في الطريق واضح وحاصله ان يده ثبتت عليه بالاخذ ثم بالرمي الى الطريق
لم يزل يده حكما لعدم اعتراض يد اخرى على يده واذا بقيت يده حكما وقد تقرر ذلك بالاخذ لنا اخذ وجب القطع
وقوله ولم يعترض عليه يد معتبرة جواب عن قوله كما لو اخذه غيره فان هناك يدا معتبرة اعترضت عليه
فاوجبت سقوط اليد الحكمية للسارق فلما لم يسقط اليد الحكمية هنا لم يرد ما ذكره زفر انه خرج من الحرز ولا
مال في يده وقوله فاعتبر الكل اي الالقاء في الطريق ثم اخذه منه فعلا واحدا كما اذا اخذ المال وخرج معه من
الحرز فانه فعل واحد كذلك هذا وقوله واذا اخرج ولم ياخذه جواب عن قوله كما لو خرج ولم ياخذه وقوله
وكذا ان حمله على حمار ظاهر **قال** واذا دخل الحرز جماعة كلامه واضح وانما وضع المسئلة في دخول جميعهم
لانهم اذا اشتركوا واتفقوا على فعل السرقة لكن دخل واحد منهم البيت واخرج المتاع ولم يدخل غيره
فالقطع على من دخل البيت واخرج المتاع ان عرف بعينه وان لم يعرف فعليهم التعزير ولا يقطع واحد
منهم وان كان غير الداخل لغير الداخل والفرق بينهما انهم لم يدخلوا البيت لم يتاكد معاونتهم بهتك الحرز
بالدخول فلم يعتبر اشتراكهم لان كمال هتك الحرز انما يكون بالدخول وقد وجد في مسئلة الكتاب فاعتبر
اشتراكهم قالوا هذا اذا كان الاخذ الحامل ممن يجب عليه القطع عند الانفراد بان كان عاقلا بالغا
اما اذا كان الاخذ الحامل صبيا او مجنونا فلا يقطع واحد منهم لان غير الحامل في هذا الفعل تبع للاخذ
الحامل فاذا لم يجب الحد على من هو اصل لا يجب على من هو تبع وان كان الذي ولي الحمل والاخراج كبيرا لكن
فيهم صبي او مجنون فكذلك الجواب على قول ابي حنيفة ومحمد لان الفعل من الكل واحد فقد تمكنت الشبهة
في فعل بعضهم فلا يجب على الباقين وقال ابو يوسف يجب القطع الا على الصبي والمجنون وقوله ومن نقب
البيت واضح والغطريفي هو الدرهم المنسوب الى غطريف بن عطا الكندي امير خراسان ايام الرشيد
والدراهم الغطريفية كانت من اعز النقود ببخارى كذا في المغرب وقوله يؤيد وجه ظاهر الرواية ما روي عن علي
رضي الله عنه انه قال اللص اذا كان ظريفا لا يقطع قيل وكيف ذلك قال ان ينقب البيت ويدخل يده ويخرج المتاع
من غير ان يدخل وقوله بخلاف الصندوق جواب عن قوله كما اذا دخل يده في صندوق الصيرفي فان
قيل لو كان الكمال في هتك الحرز شرطا تحرزا عن شبهة العدم لما وجب القطع فيما تقدم من حمل بعض القوم
المتاع دون البعض لان فيه شبهة العدم اجاب بان ذلك هو المعتاد وان طر صرة الطرار هو الذي يطر
الهميان اي يشقها ويقطعها والصرة وعاء الدراهم يقال صررت صرة اي شددتها والمراد بالصرة هنا
نفس المشدود فيه الدراهم وفي هذا التفصيل المذكور دليل على ان المذكور في اصول الفقه بان الطرار يقطع

ليس يجري على عمومه بل هو محمول على الصورة الثانية وهي ما اذا ادخل يده في الكم فطرها وقوله فلا يوجد
هتك الحرز يعني ادخال اليد في الكم واخراج الدراهم منه وقوله في الوجهين اي من الخارج والداخل وقوله
ينعكس الجواب يعني فيما اذا كان يحل الرباط خارج الكم يجب القطع لانه لما حل الرباط الذي كان خارجا وقعت
الدراهم فاحتاج في اخذ الدراهم الى ادخال اليد في الكم فلما اخرج الدراهم من الكم فقد هتك الحرز بخلاف ما اذا
كان الرباط في داخل الكم فانه لا يقطع لانه لما حل الرباط في داخل الكم بقيت الدراهم خارج الكم ظاهرة محلولة
فكان الاخذ من خارج الكم فلم يقطع لانه لم يهتك الحرز في اخذ المال لانه وان ادخل اليد في الكم الا انه ادخلها
لحل الرباط لا لاخذ المال من الكم وهذا معنى قوله ينعكس الجواب لانعكاس العلة وقوله لانه يعتمده اي لان صاحب
الكم يعتمد الكم في حفظ المال لا قيام نفسه عند المال لان قصد صاحب الكم من وجوده عند المال لا يخلو من
احد امرين قطع المسافة او الاستراحة وذلك لانه اما ان يكون في حالة المشي او في غير حالته ففي الاول
قصده قطع المسافة لا حفظ المال وفي الثاني قصده الاستراحة والمقصود هو المعتبر في هذا الباب الا يرى ان
من شق الجوالق الذي على ابل تسير واخذ الدرهم منه يقطع لان صاحب الدراهم اعتمد الجوالق حرزا لها
فكان سارقا للدراهم من الجوالق هاتكا للحرز فيقطع ومن سرق الجوالق بما فيه والجوالق على ابل تسير لا يقطع
لان السائق والقائد انما يقصد بفعله قطع المسافة والسوق لا الحفظ فلم يصر الجوالق محرزا به مقصودا
على ما هو المذكور في الكتاب وقوله وان سرق من القطار بعيرا القطار الابل تقطر على نسق واحد والجمع
قطر ومنه تقاطر القوم اذا جاؤوا ارسالا وقوله وهذا يؤكد ما قدمناه من المختار يريد قوله ولا فرق
بين ان يكون الحافظ مستيقظا الى قوله وهو الصحيح

فصل في كيفية القطع واثباته

لما ذكر
وجوب قطع اليد لم يكن بد من بيان كيفيته وهذا الفصل في بيانه الزند مفصل طرف الذراع في الكف
والحسم من حسم العرق كواه بحديدة محماة لئلا يسيل دمه فالقطع بما تلوناه يعني قوله تعالى والسارق والسارقة
الاية واليمين بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه فاقطعوا ايمانهما وهي مشهورة جازت الزيادة بها على الكتاب
وقد عرف في الاصول وقوله ومن الزند لان الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا المفصل اعني الرسغ متيقن به من
حيث القطع والمقطوع لكونه اقل فقولنا من حيث القطع احتراز عن قول بعض الناس ان المستحق
قطع الاصابع فقط لان بطشه كان بالاصابع فيقطع اصابعه ليزول تمكنه من البطش بها لان فيه
قطعا مكررا وفيما قلنا قطع واحد على انه مخالف للنص لان المذكور فيه اليد وقولنا من حيث المقطوع
احتراز عن قول الخوارج تقطع يمين السارق من المنكب لان اليد اسم للجارحة من رؤوس الاصابع الى الابط
لان فيه تكثيرا للمقطوع وقوله كيف وصح ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بقطع السارق من الزند والحسم
روى ابو هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي بسارق فقالوا يا رسول الله ان هذا سرق فقال عليه السلام
ما اخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله قال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه الحديث وقوله ولانه

لولم يحبسها ظاهر وقوله وخلد في السجن حتى يتوب حاصله ان السارق لا يؤتى على اطرافه الاربعة وانما يقطع
يمينه اولا ورجله اليسرى في ثانيها ثم يعزر بعد ذلك ويحبس عندنا وعند الشافعي بعد الرابعة
يحبس وعند اصحاب الظواهر في المرة الخامسة يقتل وقوله ويروى مفسرا كما مذهبه هو في حديث
ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي عم قال في المرة الاولى يقطع يده اليمنى وفي الثانية الرجل اليسرى وفي الثالثة
اليد اليسرى وفي الرابعة الرجل اليمنى وقوله ولان الثالثة ظاهر وقوله فحجهم اي غلبهم في الحجة يقال حاجه
فحجه اي ناظره بالحجة فغلبه بها وقوله بخلاف القصاص جواب سوال تقديره لو قطع رجل اربعة اطراف اقتص منه بالاجماع
وجميع ماذكرتم من المحظورات هنالك موجود لانه لا يبقى له يد ياكل بها ويستنجي بها ورجل يمشي عليها وفيه تفويت
جنس المنفعة ونادر الوجود وتقرير الجواب ان القصاص حق العباد وحق العبد يراعى فيه المماثلة بالنص و
الحديث الذي رواه الشافعي دليلا على دعواه هذا طعن فيه الطحاوي قال تتبعنا هذه الاثار فلم نجد لشيء منها
اصلا اشار بها الحمار رواه الشافعي وقال ابو نصر البغدادي قال الطحاوي انه حديث لا اصل له لان كل من لقينا
من حفاظ الحديث ينكرونه ويقولون لم نجد له اصلا او نحمله على السياسة بدليل ما ورد في ذلك الحديث من
الامر بالقتل في المرة الخامسة وقوله لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا يعني ان كانت يده اليسرى ما فيه
او مشيا ان كانت رجله اليمنى كذلك وباقي كلامه ظاهر **قال** واذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا السارق
الحداد هو الذي يقيم الحد فعال منه كالجلاد من الجلد وانما قيد بقوله يمين هذا لانه اذا قال اقطع يده مطلقا
فقطع الحداد اليسرى فلا ضمان عليه بالاتفاق لانه فعل ما امر به فان امره بقطع اليد واليسرى يد فلا ضمان
عليه ولم يذكر حكم ما اذا قطع اليمين بعد القضاء قبل ان يقول له اقطع وقال في المبسوط لا شيء عليه لان
قيمة اليد قد سقطت بقضاء الامام عليه بالقطع فالقاطع استوفى يدا لا قيمة لها فلم يكن ضامنا لكن ادبه الامام
لانه اساء الادب حين قطعه قبل ان يامر الامام به وكلامه واضح وقوله بغير حق دليله ان الحق في اليمين في السرقة
وهو ايضا لم يقطع يسار احد ليكون حق قطع اليسار قصاصا وللتاويل حيث لم يخط لان الكلام فيما اذا تعمد
في قطع اليسار فلا يعني كما لو قطع رجلا وانه وان كان نفي المجتهدات لان المجتهد لا يعذر فيما اخطا اذا
كان الدليل ظاهر الحكم بحل متروك التسمية عامدا وكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة وهي
قوله تعالى فاقطعوا ايديهما فان ظاهره يوجب تناول اليدين جميعا فصار شبهة في حق القصاص والقصاص
لا يثبت بالشبهة بخلاف ضمان المال وقوله ولابي حنيفة تقريره القول بالموجب سلمنا انه قطع طرفا معصوما
بغير حق ولا تاويل لكنه اخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد تلافا وعلى هذا التقرير لو قطعه غير الحداد
اي لو قطع يسار السارق غير الحداد بعد حكم القاضي بقطع يمينه لا يضمن شيئا لان امتناع قطع اليمين بعد
قطع اليسار لا يتفاوت بين ان يكون قاطع اليسار مامورا الحاكم او اجنبيا غير مامور وقوله هو
الصحيح احتراز عما ذكره في شرح الطحاوي فقال فيه ولو قطع غيره يده اليسرى فان في العمد القصاص

وفي الخطا

وفي الخطاء الدية وسقط القطع عنه في اليمين لانه لو قطع ادى الى الاستهلاك وترد السرقة
ان كان قايما وعليه ضمانه في الهالك وقوله ولو خرج السارق بيساره ظاهر وقوله ثم في العمد
عنده اي عند ابي حنيفة رحمه الله عليه اي على السارق ضمان المال المسروق ان كان هالكا لانه
لم يقع حدا وانما خص ابا حنيفة بالذكر وان كان الضمان على السارق بالاتفاق دفعا لمن
عسى يتوهم ان قطع اليسار وقع حدا عنده حيث لم يوجب الضمان على الحداد فازال
ذلك ببيان وجوب الضمان عنده ايذانا بان القطع ليس حدا اذ القطع حدا والضمان لا يجتمعان
وعدم الضمان على الحداد باعتبار انه اخلف خيرا لا باعتبار ان القطع وقع حدا و
اما على مذهبهما فظاهر لا حاجة الى ذكره لانهما نصا ضمان الحداد في العمد فلا يقع
القطع حدا لا محالة فيضمن السارق لعدم لزوم الجمع بين الضمان والقطع حدا وقوله
وفي الخطاء كذلك على هذه الطريقة اي على طريقة ان القطع لم يقع لانه اذا لم يقع حدا لم
يوجد ما ينافي الضمان والمقتضي وهو الاتلاف موجود فيجب الضمان البتة وعلى طريقة
الاجتهاد الذي قلنا في طرف ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان ضمان اليد عن الحداد بطل
بطريق الاجتهاد لا يضمن السارق المال لوقوع القطع موقع الحد بالاجتهاد والضمان
والقطع حدا لا يجتمعان **قال** ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه
اختلف العلماء في اشتراط حضور المسروق منه وطلبه السرقة القطع فقال ابن ابي ليلى
لا حاجة الى ذلك ويقبل الشهادة على السرقة حسبة كالزنا لان المتحقق بكل واحد منهما خالص
حق الله تعالى وقال الشافعي رحمه الله ان اقر السارق بالسرقة فلا حاجة الى ذلك وان ثبت
بالبينة فلا بد من ذلك لان الشهادة تبتنى على الدعوى في الحال فلم يحضر هو ونايبه لا
تقبل شهادته وان غاب بعد ذلك لا يتعذر استيفاء القطع وعندنا حضوره شرط في الاقرار و
والشهادة جميعا عند الاداء وعند القطع لان الخصومة شرط لظهور السرقة لقيام احتمال
رد الاقرار والاقرار له بالملك بعد الشهادة وبه ينتفي السرقة وكل ما هو شرط الشيء لا
يتحقق بدونه وكان القطع قبل حضوره استيفاء الحد مع قيام الشبهة وهو لا يجوز
وكلامه في الكتاب واضح خلا ان فيه توهم التكرار لان معنى قوله لان الجناية على مال الغير
لا يظهر الا بخصومته هو معنى قوله لان الخصومة شرط لظهورها اي لظهور السرقة و
هي الجناية ويمكن ان يدفع بان الاول تعليل لاشتراط الحضور والثاني لعدم التفرقة بين الاقرار و
الشهادة وان كانا بمعنى واحد ومعنى قوله لان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود قد تقدم و
قوله وصاحب الربوا قيل صورته رجل باع عشرة دراهم بعشرين درهما وقبضه فسرق منه

بقطع السارق بخصومة عند علمائنا الثلثة وقلم يذكر الفاقد الآخر من عاقدي الربوا وكانه
بالتسليم لم يبق له ملك ولا يد فلا يكون له ولاية الخصومة بخلاف رب الوديعة والمغصوب منه
فان الملك لهما باق وقوله وكل من له يد حافظة يريد متولي الوقف والاب والوصي ولو سرق سارق من
احدهما اولاء وخاصم المالك قطع وان لم يكن السرقة من عنده لقيام الملك وقوله الا ان الراهن
استثناء منقطع وقد اختلف نسخ الهداية فيه في بعضها الا ان الراهن انما يقطع بخصومته
حال قيام الرهن قبل قضاء الدين او بعده وفي بعضها حال قيام الرهن بعد قضاء الدين والتصويب
الشارحون نقلا وعقلا اما نقلا فلانه موافق لرواية الايضاح والمحيط قال في المحيط اذا سرق
الرهن من المرتهن فللمرتهن ان يقطع وليس للراهن ان يقطع لانه لا سبيل له على اخذ الرهن
قال وان قضى الراهن الدين فله ان يقطع لان له ان ياخذه وكذا في الايضاح واما عقلا فلان السارق
انما يقطع يده بخصومة من له ولاية الاسترداد وليس للراهن ذلك قبل قضاء الدين والمراد بالرهن
المرهون والضمير في بدونه راجع الى قضاء الدين وعلى النسخة الاولى الى قيام الرهن وكان شرط جواز
القطع بخصومة الراهن امرين قيام المرهون حتى لو هلك لا سبيل للراهن عليه لبطلان دينه عنده و
قضاء الدين لحصول ولاية الاسترداد حينئذ وزفر والشافعي رحمهما الله اتفقا في الحكم و
اختلفا في تخريج المناط قال الشافعي بناء على اصله ان لا خصومة لهؤلاء المذكورين في الاسترداد
عنده اذا جحد من في يده المال ما لم يحضر المالك واذا لم يكن لهم ولاية الاسترداد لا يلتفت الى خصومتهم
وزفر يقول ولاية الخصومة في الاسترداد ضرورة الحفظ والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا
يظهر في حق القطع لان فيه اي في ظهورها في حق القطع تفويت الصيانة لان المال مضمون على السارق
فلو استوفي القطع سقط الضمان فيكون فيه تضييع لا صيانة وهم مامورون بالحفظ والصيانة
ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وهذا ظاهر والسرقة قد ظهرت عند القاضي بحجة
شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا اي غير ضرورية فالموجب للقطع
قد ظهر عند القاضي بحجة شرعية فيترتب عليه القطع وانما قال ان الخصومة غير ضرورية لان الاعتبار
بحاجتهم الى استرداد اليد وهم في ذلك كالمالك لان اعتبار خصومة المالك لحاجته الى اظهار السرقة
لاعادة اليد على المحل تحصيلا للاغراض المتعلقة باليد وهذا المعنى موجود في هؤلاء اما المستاجر
والمستعير فلاحتياجهما الى الانتفاع بالمحل واما المرتهن والمودع فللرد الى المالك تخليصا
للذمة عن عهدة الضمان والتزام الحفظ واذا ثبت الخصومة مطلقا اندفع ما قال زفر انما ضرورة
الحفظ فلا يظهر في حق القطع وقوله والمقصود من الخصومة اي مقصود صاحب اليد احياء حق المالك
وسقوط الضمان بسقوط العصمة من ضرورة القطع فكان ضمنيا والضمني غير معتبر وهذا جواب
الضمان ح

المالك ح

القطع ح

عن قول زفر

عن قول زفر ان فيه تفويت الصيانة وقوله ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض جواب سوال مقدر تقريره
ان يقال ينبغي ان لا يقطع السارق بدون حضرة المالك كما مر في مسئلة قبيل هذا لاحتمال انه لو حضر اقر السارق
بالمسروق وتوجيه الجواب هذه شبهة موهومة الاعتراض فلا يعتبر كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن
فان فيه شبهة موهومة ايضا وهو ان يحضر المؤتمن ويقول انه كان ضيفا عندي في الوقت الذي سرق
ذلك ومع ذلك لم يشترط حضور المؤتمن بل يقطع بخصومة المالك في ظاهر الرواية وقيد بظاهر الرواية
احترازا عن رواية ابن سماعة عن محمد رحمهما الله ان المالك ليس له ان يقطعه حال غيبة المودع لان السارق
لم يسرق من المالك وانما سرق من الذي كان عنده فلم يجز ان يطالب به لكن غيره فان قيل ما الفرق بين
هذه المسئلة وبين ما اذا اقر السارق بالسرقة في غيبة المالك حيث لا يقطع ما لم يحضر مع ان العلة المذكورة
وهو قوله ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي الاقرار موجودة و
شبهة الاذن بالدخول في الحرز والاقرار بالمسروق للسارق موهومة الاعتراض ومع ذلك لا يقطع
واجيب بان الفرق من حيث ان ما نحن فيه قد ظهرت فيه السرقة عقيب خصومة معتبرة فلم تؤثر الشبهة
في رفع العلة عن مقتضاها لقوتها بخلاف صورة الاقرار فانها لم يكن كذلك قال وان قطع سارق بسرقة
المسروق اذا سرق من السارق فاما ان يكون قبل قطع يده او بعده فان كان الثاني لم يكن له اي للسارق
ولا للمالك ان يقطع السارق الثاني اما السارق فلوجهين احدهما ان المال غير متقوم في حقه حتى لا يجب الضمان
بالهلاك فلم ينعقد موجبة في نفسها والثاني ان يده لم يبق من الايدي التي ذكرناها من ملك او وديعة و
خصومة من هذه الصفة لا يعتبر في القطع واما المالك فللوجه الاول وقوله للاول اي للسارق الاول
ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه وليس له ذلك في رواية اخرى لان يده
ليست بصحيحة لكون اليد الصحيحة عبارة عن ان يكون يد ملك او ضمان او امانة ولم توجد وان
كان الاول قطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم كان لضرورة القطع وكذا خروج يده عن كونها يد ضمان كان
لذلك وقد انتفى ذلك فصار كالغاصب والمراد بالشبهة كعدم القطع ههنا ولهذا اقرن المصنف بينهما وفي
سرق سرقة فردها على المالك اما ان يردها قبل الارتفاع الى الحاكم او بعده فان كان الاول لم يقطع في
ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة بجامع ان القطع حق الله تعالى فلا
يحتاج فيه الى الخصومة فكان ما قبل الارتفاع وما بعده سواء ووجه ظاهر الرواية ان الخصومة شرط لظهور
السرقة لان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة يعني ان السرقة تظهر بالبينة والبينة حجة
لضرورة قطع الخصومة وقطع الخصومة بدونها غير متصور فتثبت ان الخصومة شرط لظهور السرقة
والخصومة قد انقطعت بالرد الى المالك فشرط ظهور السرقة قد انقطع واذا انقطع شرط ظهورها انقطع
ظهورها ولا قطع بدون ظهورها وان كان الثاني قطع لان الشرط لم ينقطع بل انتهى بحصول المقصود منه

دق

الى ان الشبهة الموهومة

١٦٥

وضمان ح

وهو لسترداد المال الى والشي يتقرر بانتهائه لا انه يبطل كالنكاح يتقرر بالموت لا انه يبطل لكنها اعني الخصومة
تجعل باقية لتقرير الاستيفاء القطع ذكره الى ابن المسروق منه والى اخيه وعمه وخاله وهم في عياله وكذا الى امرأته
او اجيره مشاهرة او عبده وكذا الرد الى ابيه او امه او جده سواء كانوا في عياله او لم يكونوا كالرد الى
نفسه استحسانا واذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبه المالك وسلمه اياه او باعه اياه لم يقطع والمنفي
للمصنف كلام الجامع الصغير لقوله معناه اذا سلمت لان الهبة اذا لم يتصل بالتسليم والقبض لا يثبت الملك و
قال زفر والشافعي رحمهما الله يقطع وهو رواية عن ابي يوسف قالوا لان السرقة قد تمت انعقادا
باخذ مال الغير على وجه الخفية من حرز لا شبهة فيه اذ وضع المسألة في ذلك وظهورا لان الغرض
انه قضى عليه بالقطع ولا يكون ذلك الا بعد ظهورها وبهذا العارض يعني ثبوت الملك للسارق بسبب الهبة او
البيع لا يتبين قيام الملك وقت السرقة لان ثبوت الملك بهما انما يكون على وجه الاقتصار على وقت ثبوت
الهبة والبيع وهذا احتراز عما اذا اقر به المسروق منه للسارق فان الاقرار يظهر ما كان ثابتا
للمقر له من الملك فيلزم منه ثبوت الملك للسارق وقت وجود السرقة فيكون شبهة ولنا ان الامضاء من
القضاء يعني ان استيفاء الحد من تتمة قول القاضي حكمت او قضيت بالقطع او بالرجم او بالجلد في هذا الباب
يعني باب الحدود لو فرع الاستغناء عنه اي عن القضاء بالاستيفاء يعني ان القضاء في هذا الباب لا يغني عنه
الا بالاستيفاء لان القضاء للاظهار ولا اظهار ههنا لان القطع حق الله وهو ظاهر عنده فلو لم يجعل الاستيفاء
قضاء في هذا الباب لعرى عن الفائدة بالكلية وهو باطل بخلاف حقوق العباد فان القضاء فيها لعيد
اظهار الحق للطالب على المطلوب فلا حاجة الى جعل الامضاء من تتمة القضاء وهذا فيه تفويض استيفاء
الحدود الى الائمة دون ساير الحقوق واذا كان كذلك اي اذا كان الامضاء من القضاء تشترط قيام الخصومة عند
الاستيفاء كما يشترط وقت ابتداء القضاء وقد انتفى ذلك بالبيع والهبة وهذا لان ما يكون شرط الوجوب
القضاء يراعى وجوده الى وقت الاستيفاء كالمقترن باصل السبب بدليل العمى والخرس والردة والفسق
في الشهود فان الحدود لا يستوفى اذا كانت الشهود على هذه الاوصاف وقت الاستيفاء بالاجماع ذكره
في الاسرار وقوله وصار كما اذا ملكها قبل القضاء يعني صار الملك الحادث بعد القضاء قبل الاستيفاء كالملك
الحادث قبل القضاء لانه لما لم يمض فكانه لم يقض ولقائل ان يقول جعلتم الخصومة باقية تقديرا في
صورة رد المسروق بعد المرافعة قبل الاستيفاء ولم تكن الاستيفاء من القضاء حتى وجبتم القطع
وههنا جعلتم الاستيفاء من القضاء وجعلتم البيع والهبة دافعا لوجوب الحد وما ذاك الا تناقض
صرف والجواب ان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود مطلقا لكن في صورة الرد لم يحصل بالرد سوى
الواجب عليه بالاخذ وههنا حدث بينهما تصرف موضوع لافادة الملك وكان شبهة في درء الحد قال
وكذلك اذا انتقصت قيمتها من النصاب هذا معطوف على قوله فوهبت له وقوله يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء

مطلب بين ما هو وجه كون الاستيفاء في الحدود من باب القضاء

لان المعترض بعد القضاء قبل الاستيفاء ع

١٦٦

بيان لذلك لان الكلام في المعطوف عليه كان على ذلك التقدير وقوله اعتبارا بالنقصان في العين يعني بان هلك
درهم من العشرة او استهلكه وهذا بناء على ان المعتبر في قيمة المسروق ان يكون يوم السرقة ويوم
القطع عشرة دراهم فان نقص عن ذلك قبل القطع في العين لم يمنع عن الاستيفاء بالاتفاق وان كان النقصان
لتراجع السعر فكذلك عن محمد في غير ظاهر الرواية اعتبارا بالاول بجامع وجود سرقة النصاب فيهما و
وجه الظاهر ان كمال النصاب لما كان شرطا في الابتداء تشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا ان الامضاء
من القضاء والفرق بينه وبين النقصان ان النقصان في العين مضمون عليه اي على السارق والضمان قائم مقام
المضمون فكان النصاب كاملا عينا ووقت الاخذ دينا ووقت الاستيفاء كما اذا استهلك كله اما نقصان
السعر فغير مضمون فكان النصاب ناقصا عند القطع فصار شبهة فافترقا واذا ادعى السارق ان
العين المسروق ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم البينة وفسره المصنف بقوله معناه بعد ما شهد الشاهدان
بالسرقة وانما فسره بذلك احترازا عما اذا فعل ذلك بعد الاقرار بالسرقة فانه يسقط القطع بالاتفاق وقال
الشافعي رحمه الله لا يسقط بمجرد الدعوى لانه يفضي الى سد باب الحد حيث لا يعجز سارق عن ذلك ولنا ان الشبهة
المفيد دارئة والشبهة يتحقق بمجرد الدعوى لاحتمال الصدق ولا معتبر بما قال انه لا يعجز عنه سارق بدليل
ان الرجوع عن الاقرار بالسرقة صحيح وما من مقر الا ويتمكن من الرجوع وكان ذلك معتبرا في ايراث
الشبهة فكذا هذا وفيه نظر لان الاقرار حجة قاصرة والبينة كاملة لما عرف ولا يلزم ان يكون مورث الشبهة
في الحجة القاصرة مورثا لها في الكاملة والجواب ان الكمال والقصور انما هو بالنسبة الى التعدي الى الغير و
عدمه وليس كلامنا فيه واما بالنسبة الى المقر فهما سواء وقوله واذا اقر الرجلان بسرقة ثم قال احدهما الرجوع
وقوله لان الرجوع في حق الراجع يعني لعدم المكذب ومورث للشبهة في حق الآخر لان السرقة يثبت باقرارهما
على الشركة فيكون فعلا واحدا وقوله لانه لو حضر ربما يدعي الشبهة يعني وهي دارئة للحد عن نفسه وعن الحاضر
فلو قطعنا الحاضر قطعناه مع الشبهة وهو لا يجوز وجه القول الآخر ان الغيبة يمنع ثبوت السرقة على
الغائب لان القضاء على الغائب لا يجوز وكان الغائب في هذه الشهادة كانه معدوم والعدم لا يورث
الشبهة في حق الموجود وهذا لان الشبهة هي المحققة الموجودة لا الموهومة على ما مر يريد قوله لا معتبر
بشبهة موهومة الاعتراض قال واذا اقر العبد المحجور عليه اذا اقر العبد بسرقة مال فاما ان يكون ماذونا
له او محجورا عليه وكل واحد منهما اما ان يكون المال قائما بعينه او مستهلكا وكل من ذلك على وجهين اما
ان كذبه المولى او صدقه فان صدقه يقطع في الفصول كلها لوجود المقتضي وانتفاء المانع وان كذبه وهو
ماذون له قطعت يده عند العلماء الثلاثة سواء كان الاقرار بمال قائم او مستهلك ويرد القائم على المسروق
منه وان كان محجورا عليه فان اقر بمال مستهلك قطعت يده عند الثلاثة وان اقر بمال قائم بعينه في يده
قال ابو حنيفة يقطع يده ويرد المال الى المسروق منه وقال ابو يوسف يقطع يده والمال للمولى وقال محمد لا يقطع

يده والمال للمولى حكى عن الطحاوى رحمه الله انه قال سمعت استاذى ابن ابى عمران يقول الاقاويل الثلثة كلها عن ابى
حنيفة فقوله الاول اخذ به محمد ثم رجع وقال كما قال ابو يوسف واخذ بها ابو يوسف ثم رجع الى القول الثالث
كما تعرف عليه واصل ذلك ان القطع اصل او المال قال ابو حنيفة القطع اصل والمال تابع بدليل انه يبطل بالتقادم
وبدليل انه لو قال ابقى المال ولا ابقى القطع لم يسقط القطع وقال ابو يوسف كل منهما اصل اما اصالة القطع فيما
قالوا في الحر اذا اقر وقال سرقت هذا المال من زيد وهو في يد عمرو وكذبه عمرو يصح اقراره في حق القطع
دون المال واما اصالة المال فلانه اذا سرق مادون العشرة لا يقطع والخصومة شرط ولولا ان المال
اصل لوجب القطع بدونها لانه محض حق الله تعالى وهو يستوفى بلا طلب وقال محمد المال اصل والقطع تبع
ووجهه وجه ابى يوسف في اصالة المال واذا ثبت هذا ظهر ما في الكتاب سوى الفاظ نبينها فقوله في الوجيز
يعني فيما اذا كان المال قايما بعينه او مستهلكا وقوله في الوجوه كلها اي فيما اذا كان العبد محجورا عليه وما ذونا
وفيما اذا كان المال قايما بعينه او مستهلكا وقوله لانه يرد على نفسه يعني فيما اذا اقر بقتل الغير عمدا او طرفه يعني
فيما اذا اقر بالسرقة وقوله يواخذ بالضمان يعني في المستهلك وقوله والمال يعني اذا كان قايما في يده وقوله من
حيث انه ادمى يشير الى ان وجوب الحد باعتبار انه ادمى مخاطب لا باعتبار انه مال مملوك والعبد في ذلك كالحر
فاقراره فيما يرجع الى استحقاق الحد كالحر مستحقا في الحر ولهذا لا يملك المولى الاقرار عليه بذلك وما لا يملك المولى على
عبده الاقرار به فالعبد فيه ينزل منزلة الحر كالطلاق وقوله ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه مال
يعني لما صح اقراره من حيث انه ادمى يصح من حيث انه مال ايضا بالسراية اليها لان ادميته لا ينفك عن ماليته
وقوله لما يشتمل عليه اي على العبد من الاضرار لان ما يلحقه من الضرر كاستيفاء العقوبة منه فوق ما يلحق
المولى ومثله مقبول على الغير اي ومثل ما كان ضرر الاقرار فيه ساريا الى المقر والى الغير يسمع ويجرى على
الغير ايضا بطريق التبعية لانعدام تهمة الكذب في ذلك الاقرار كما اذا شهد الواحد عند الامام برؤية
هلال رمضان وفي السماء علة يقبل الامام شهادته وان لم يقبلها في ساير المواضع لعدم التهمة حيث
يلزمه الصوم كما يلزم غيره وكذلك الحر المديون المفلس اذا اقر بالقتل العمد فانه يقتص منه بالاجماع وان كان
فيه ابطال ديون الغرماء وقوله ولا قطع على العبد في سرقته اي في سرقة مال مولاه وقوله يويده ان المال اصل
فيما انتهائه الى ما مهدناه من الاصل وقوله حتى يسمع فيه الخصومة بدون القطع مثل ان يقول اطلب منه المال
دون القطع ويثبت المال دونه كما اذا شهد رجل وامراتان او اقر بالسرقة ثم رجع فانه يضمن المال ولا يقطع
وفي عكسه اي في ان الطلب القطع دون المال لا يسمع الخصومة ولا يثبت القطع دون المال وقوله ولا يصح
في حقه اي فلا يصح اقرار العبد في حق المولى في المال وقوله والقطع مستحق بدونه اي بدون المال لان
احد الحكمين ينفصل عن الاخر الا يرى انه قد يثبت المال دون القطع كما اذا شهد به رجل وامراتان وكذلك
يجوز ان يثبت القطع بدون المال كما اذا اقر بسرقة مال مستهلك وقوله لما بينا اشارة الى قوله ونحن نقول

الاولى

كاقراره

لا يثبت

يصح اقراره من حيث انه ادمى وقوله فيصح بالمال بناء عليه اي لما صح اقراره بالقطع باعتبار انه ادمى
مكلف صح اقراره بالمال انه لغير المولى بناء على صحة اقراره بالقطع لما مهدناه من اصله وقوله لان الاقرار
يلاقي حالة البقاء يريد ان الاقرار بالشيء اظهار امر قد كان فلا بد من وجود المخبر به سابقا
على الاخبار وقوله حتى يسقط بالرفع لان حتى بمعنى الفاء وقوله باعتباره اي باعتبار القطع لما يجي
من اصلنا ان القطع لا يجتمع مع الضمان ثم سقوط العصمة والتقوم في حق السارق يدل على ان
المال تابع لانه لو كان اصلا لما تغير حاله من التقوم الى غيره لان مقصوديتها انما يكون بالتقوم وكذلك
استيفاء القطع بعد استهلاك المال يدل على ذلك اذ لا وجود للتابع مع عدم وجود الاصل وقوله بخلاف
الحر جواب عما استشهد به ابو يوسف بقوله اذا قال الحر الثوب الذي في يد زيد اخره وبيانه ان
الحر انما لم يسمع قوله سرقته من عمرو في حق الرد الى عمرو ولا يلزم عدم القطع بل يقطع لانه يجعل المقر له
وهو عمرو بمنزلة المودع فلا يجب رد المال اليه لما مر ان السارق اذا سرق المال من المودع يقطع بخصومته
بخصومته وان لم يرد اليه المال واما ههنا فلو لم يرد المال الى المسروق منه لزم ان يكون ذلك المال
مال المولى فحينئذ لا يجب القطع لان العبد اذا سرق مال المولى لا يقطع يده ثم اتفق ابو حنيفة وابو يوسف
رحمهما الله على قطع يد العبد فقد جعلاه سارقا مال غير المولى الذي اقر بالسرقة منه وقوله ولو
صدقه المولى قدمناه في اول البحث قال واذا قطع السارق والعين قايمة في يده كلامه واضح
وقوله كاستهلاك صيد مملوك في الحرم يعني من حيث انه يجب قيمته للمالك وقيمة اخرى جزاء
ارتكاب المحظور لله تعالى وقوله او شرب الخمر الذمي يعني على اصلكم فان ضمان الخمر بالاستهلاك
لا يجب عندنا وان كان للذمي ولنا ما روى عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن رسول الله عليه
السلام لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه لا يقال هذا الحديث يدل على ان العين اذا كانت
قايمة لا ترد الى صاحبها لان ذلك لا يسمى وقوله ما يودي الى انتفائه انما كان ما يودي الى انتفائه هو المسقط
لكونه ثابتا بالاجماع وقوله اذ لو بقي يعني معصوما حقا للعبد لكان مباحا في نفسه لانه عرف بالا
ستقراء ان ما هو حرام حقا للعبد فهو مباح في نفسه فكان المال للسارق حراما من وجه
دون وجه فينتفي القطع للشبهة اذ الشبهة هو ان يكون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه فحينئذ
يبطل الحديث فاذا لم يبق معصوما حقا للعبد يصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان
فيه وهذا معنى ما ذكر في المبسوط اذا صارت المالية لله تعالى في هذا المحل لم يبق للعبد فالتحق في حق
العبد بما لا قيمة له ولكن هذا لا يتقرر الا باستيفاء القطع لان ما يجب لله تعالى فتمامه بالا
فكان حكم الاخذ مراعى ان استوفى به القطع تبين ان حرمة المحل في ذلك الفعل كانت لله فلا يجب
ضمان العبد وان تعذر استيفاؤه تبين ان حرمة المالية والتقوم كان للعبد فيجب الضمان و

١٦٧

ضح

استيفاء

قوله الا ان العصمة جواب سؤال تقريره العصمة لما انتقلت الى الله تعالى وصار المال المسروق كالميتة والخمر وجب ان لا يجب الضمان عند الاستهلاك وقد روى الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله وجوب الضمان فيه وتقرير الجواب ان سقوط العصمة انما كان ضرورة تحقق القطع وما ثبت بالضرورة يقتصر على محلها فلا يتعدى الى فعل آخر هو الاستهلاك لانه لا ضرورة في حقه لانه ليس القطع ولا من لوازمه وكذا الشبهة وهو كونه حراما لعينه تعتبر فيما هو السبب وهو السرقة لان اعتبار الشبهة انما يكون لان يجعل السبب الموجب للحد غير موجب احتيالا للدرء والاستهلاك ليس بسبب فلا يعتبر فيه الشبهة ووجه المشهور عدم وجوب الضمان في الاستهلاك كما في الهلاك ان الاستهلاك اتمام المقصود بالسبب وهو السرقة لانه انما سرق ليصرفه الى بعض حوائجه فكان تتمة للسبب لا انه فعل آخر فيعتبر الشبهة فيه لاسقاط الضمان كاعتبارها في نفس السبب قوله وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة قال في النهاية اي لان سقوط العصمة في فصل الاستهلاك من ضرورة سقوط العصمة في فصل الهلاك واقول معناه سقوط العصمة في الاستهلاك لازم من لوازم سقوطها في الهلاك والملزوم ثابت فاللازم كذلك وبيان الملازمة انه لو لم يكن كذلك كانت العصمة باقية في الاستهلاك موجبة وذلك غير صحيح لان الضمان يستوجب المماثلة بين المضمون والمضمون به بالنص وهي منتفية لان المضمون به مال معصوم في الهلاك والاستهلاك حتى لو غصبه احد ضمنه هلك عنده او استهلكه والمضمون وهو المسروق معصوم في الاستهلاك على ذلك التقدير دون الهلاك ولا مماثلة بين المعصوم في الحالتين والمعصوم في حالة واحدة ومن الشارحين من قال لانه اي لان سقوط الضمان من ضرورات سقوط العصمة يعني انه يلزم من سقوط العصمة سقوط الضمان وهذا لان ضمان العدوان مبني على المماثلة بقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولا مماثلة بين المسروق وضمانه فينتفي الضمان لان المسروق ساقط العصمة حرام لعينه حقا للشرع غير منتفع به كالدم والميتة والذي يوخذ من السارق مال معصوم منتفع به ليس بحرام العين فلا يجب الضمان لانتفاء المعادلة وكلام المصنف ما يساعده فتامل قال ومن سرق سرقات فقطع في احدها فهو بجميعها كلامه واضح قوله لما ان الحاضر ليس بنائب عن الغائب تقريره الحاضر ليس بنائب عن الغائب ومن ليس بنائب عن الغائب ليس له الخصومة في حق الغائب ولا بد من الخصومة لانها شرط ظهور السرقة فلم يظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها واذا لم يقع القطع لها بقيت اموالهم معصومة والمال المعصوم مضمون لا محالة قوله ان الواجب بالكل الحد بكل السرقات قطع واحد لانه يجب حقا لله وكل ما كان كذلك يتداخل وقد وجد ذلك ايضا بالنسبة الى الجميع لان الشرط يراعى وجوده لا وجوده قصدا فلذا استوفي يعني ذلك القطع الواحد فالمستوفى كل الواجب لا بعضه

نفعه

نفعه وهو الانزجار يرجع الى الكل فان قيل الحكم الثابت ضمنا لا يربو على الثابت صريحا والقطع يتضمن البراءة عن ضمان المسروق ولو ابراه الواحد عن ضمان الكل ايضا لم يبرأ فكيف يبرأ اذا ثبت ضمنا اجيب بانه كم من شيء ثابت ضمنا ولا يثبت قصدا كبيع الشرب ووقف المنقول ثم ههنا لما وقع القطع في حق الكل بالاجماع تبعه ما هو الثابت في ضمنه وهو سقوط الضمان واعلم ان وقوع القطع لجميع السرقات بالاجماع وقد علمت ان القطع لا يجتمع مع الضمان فالقول بالضمان في واحدة منها بعد ذلك جمع بين القطع والضمان فذلك تناقض قوله وعلى هذا الخلاف اذا كان النصب كلها لواحد يعني لو سرق النصب من شخص واحد مرارا فخاصم في البعض فقطع لاجل ذلك فعند ابي حنيفة لا يضمن النصب الباقية وعندهما يضمن والله اعلم

باب ما يحدث السارق في السرقة

لما ذكر احكام السرقة وكيفية القطع ذكر في هذا الباب ما
١٦٨ يسقط القطع بسبب احداث الصنعة للشبهة والشبهة ابدا تتلو الثابت ذكرا ومن سرق ثوبا فشقه في الدار بنصفين ثم اخرجه وهو يساوي بعد الشق عشرة دراهم قطع فقيد بقيدين ان يكون الشق في الدار وان يساوي عشرة دراهم (الواو حالية) بعد الشق في الدار لانه اذا اخرجه غير مشقوق وهو يساوي عشرة دراهم ثم شقه ونقصت قيمته بالشق من العشرة فانه يقطع قولا واحدا ولانه اذا شق في الدار ونقصت قيمته عن العشرة ثم اخرجه لم يقطع لان السرقة قد تمت على النصاب الكامل في الاول دون الثاني وعن ابي يوسف انه لا يقطع لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة وتملك المضمون ولهذا قلنا المالك بعد الشق بالخيار ان شاء ملكه الثوب بالضمان لانعقاد سبب الملك لانه لو لم ينعقد لما وجب التمليك بكره من السارق وصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع ثم فسخ البائع البيع فانه لا يقطع هناك فكذلك ههنا والجامع بينهما ان السرقة تمت على عين غير مملوك للسارق لكن ورد عليه الملك ولهما ان الاخذ اي هذا الاخذ الذي فيه خرق فاحش واللام للعهد بدليل قوله ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وتقريره ان الانم ان له فيه سبب الملك لان الاخذ المعهود ليس بموضوع له وانما هو موضوع سببا للضمان لا سبب الملك وانما الملك يثبت له ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله اي مثل هذا الاخذ الذي هو سبب الضمان لا يورث الشبهة لانه ليس بموضوع للملك كنفس الاخذ فانه يحتمل ان يصير سببا بعد الضمان ومع هذا فلم يعتبر شبهته وكما اذا سرق البائع مبيعا باعه ولم يعلم المشتري بالعيب فانه يقطع وان انعقد سبب الرد وهو العيب وكذلك ههنا يقطع وان انعقد سبب الضمان وهو الشق بخلاف ما ذكر ابو يوسف وهو قوله كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه الخيار للبائع لان سبب الملك فيه موجود فان البيع موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار

سبب ح

تضمين النقصان واخذ الثوب لانه يقال الاصل عندكم ان القطع والضمان لا يجتمعان فاذا اختار تضمين النقصان كيف
يتمكن من القطع لان ضمان النقصان وجب بجناية اخرى قبل الاخراج وهي ما فات من العين والقطع باخراج
الباقي كما لو اخذ ثوبين فاخرق احدهما في البيت واخرج الاخر واورد على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر
الرواية فانه فعل غير السرقة مع انه لا يجب الضمان وعن هذا ذهب بعضهم الى انه ان اختار القطع لا يضمن
النقصان والجواب ان القطع للباقي بعد الخرق وليس فيه ضمان بخلاف المستهلك فان القطع كان لاجله
لا لشيء آخر فان اختار تضمين قيمة الثوب كلها وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى
الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فانه اذا وهبت بعد تمام السرقة لسقط القطع فلان لا يجب اذا ملكه قبل تمام
السرقة اولى وهذا كله اي هذا الخلاف مع هذه التفصيلات اذا كان النقصان فاحشا وهو الذي يفوت به
بعض العين وبعض المنفعة فان كان يسيرا وهو ما يفوت به بعض المنفعة في الصحيح على ما يجيء تمام الكلام في
تغير الفاحش واليسير في كتاب الغصب يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل
السرقة وقوله وان سرق شاة فذبحها ظاهر وقوله ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع اي يساوي
عشرة دراهم فصنعه دراهم او دنانير قطع وهو ظاهر وقوله واصله في الغصب يعني ان ما يقطع حق
المغصوب منه عن المغصوب من الصنعة يقطع حق المسروق منه من المسروق وهذه الصنعة يقطعه عندهما
خلافا له لهما ان هذه الصنعة تبدل العين اسما وحكما ومقصودا وكل ما كان كذلك ينقطع به حق المالك كما
اذا كان المغصوب صفرا فضربه قمقمة او حديدا فجعله درعا فانه ينقطع به حق المالك وله ان عين المسروق
باق والصفة الحادثة والاسم الحادث ليسا بلازمين فان اعادتها الى الحالة الاولى ممكنة والصنعة فيها غير
متقومة حتى لو كسر ابريق فضة لم يكن للمالك اخذه وتضمين الصنعة والعين المسروق متقومة واذا كان كذلك
كان اعتبار الباقي المتقوم اولى من الزايل الغير المتقوم وقوله فلم يملك عينه اي عين المسروق وفي بعض النسخ
اي عين الذهب والفضة وانما ملك شيئا غيرها فان الاعيان يتبدل بتبدل الصفات اصله حديث بريرة
وقوله فان سرق ثوبا فصبغه احمر قال صاحب النهاية صورة المسئلة سرق ثوبا فقطع فيه ثم صبغه احمر الى
آخره فان لفظ رواية الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمهما الله في السارق يسرق الثوب
فيقطع يده وقد صبغ الثوب احمر قال ليس لصاحبه عليه سبيل ولا ضمان على السارق وهذا كما ترى ليس فيما
يدل على قوله ثم صبغه لان الواو للحال وهو لا يدل على التعقيب ولكن قول المصنف الابري انه غير مضمون الى
آخره انما يستقيم اذا كانت صورة المسئلة ما قال وتحرير المذهبين واعتبار محمد واضح وقوله ولهما
اي لابي حنيفة وابي يوسف ان الصبغ قائم صورة ومعنى اما صورة فظاهر فان الحمرة فيه محسوسة واما معنى
فلان المسروق منه لو اخذ الثوب مصبوغا ضمن الصبغ وحق المالك في الثوب قائم صورة لتمكنه من الاسترداد
لا معنى لانه غير مضمون على السارق بالهلاك او الاستهلاك فكان جانب السارق مرجحا كالموهوب له اذا صبغ

فان

فان حق الواهب ينقطع عنه بخلاف مسئلة الغصب يعني التي اعتبرتها صورة النزاع لان حق كل واحد منهما قايم
صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه فبقي الوجود ورجحنا جانب المالك بما ذكرنا من كون الثوب اصلا
قايما وكون الصبغ تابعا وان صبغه اسود اخذ منه الثوب عند ابي حنيفة ومحمد وقال لا يؤخذ عند ابي يوسف
لان السواد زيادة عنده كالحمرة واما عند ابي حنيفة فلان السواد عنده نقصان فلم يكن حق السارق قايما
فيه معنى فلا يوجب انقطاع حق المالك واما عند محمد فلان السواد وان كان عنده ايضا كالحمرة لكن لا
يقطع حق المالك والله تعالى اعلم

باب قطع الطريق

اعلم ان قطع الطريق يسمى سرقة كبرى اما
تسميتها سرقة فلان قاطع الطريق ياخذ المال سرا عمن اليه حفظ الطريق وهو الامام الاعظم كما ان السارق
ياخذ المال سرا عمن اليه حفظ المكان الماخوذ منه وهو المالك او من يقوم مقامه واما تسميته بالكبرى فلان
ضرر قطع الطريق على اصحاب الاموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق وضرر السرقة الصغرى يخص
الملاك باخذ مالهم وهتك حرزهم ولهذا اغلظ الحد في حق قطاع الطريق واما تأخيره عن السرقة الصغرى
لانها اكثر وجودا منه قوله واذا خرج جماعة قيل ذكر لفظ الجماعة ليتناول المسلم والذمي والحربي والحر
والعبد واراد بالامتناع ان يكون قاطع الطريق بحيث يمكن له ان يدافع تعرض الغير عن نفسه بقوته
وشجاعته وكلامه واضح وقوله قتلهم حدا اي لا يسقط القتل بعفو الاولياء ويسمى قطاع الطريق محاربين
لان المال في البراري محفوظ بحفظ الله فاذا اخذوه على سبيل المغالبة كان في صورة المحاربة وقوله والمراد
منه والله اعلم التوزيع على الاحوال فيه اشارة الى نفي مذهب مالك ان الامام مخير بين هذه الاشياء نظرا الى
ظاهر كلمة او وقوله وهي اربعة هذه الثلثة المذكورة يعني قوله فاخذوا قبل ان ياخذوا مالا او يقتلوا نفسا او
قوله وان اخذوا مال مسلم او ذمي وقوله وان قتلوا ولم ياخذوا مالا والرابعة ما يذكر بعد هذا من القتل
واخذ المال وقوله ولان الجنايات يتفاوت على الاحوال اي على حسب الاحوال الواقعة في قطع الطريق
فاللائق تغلظ الحكم اي الجزاء بتغلظ الجناية لا التخيير لانه يستلزم مقابلة الجناية الغليظة بجزاء خفيف
او بالعكس وهو خلاف مقتضى الحكمة والكلام في هذا البحث قد قررناه في التقرير مستوفى وقوله فلانه المراد
بالنفي المذكور يعني عندنا فان الشافعي يقول المراد به الطلب لهم بوامن كل موضع وما قلناه اولى لان
العقوبة بالحبس مشروعة والاخذ بما يوجد له نظير في الشرع اولى من الاخذ بما لا نظير له وقوله وشرط كمال
النصاب في حق كل واحد واحد قال الحسن بن زياد اشترط ان يكون نصيب كل واحد منهم عشرين درهما
فصاعدا لان التقدير بالعشرة في موضع كان المستحق باخذها عضوا واحدا وههنا المستحق عضوان
ولا يقطع عضوان في السرقة الا في عشرين درهما وقلنا تغلظ الحد ههنا باعتبار تغلظ فعلهم باعتبار
المحاربة وقطع الطريق لا باعتبار كثرة المال الماخوذ ففي النصاب هذا الحد وحد السرقة سواء وقوله كيلا
يؤدي الى تفويت جنس المنفعة حتى اذا كانت يده اليسرى شلاء او مقطوعة لم يقطع رجله واما اذا كانت يده بين

النفس معطوعة فانه يقطع رجله اليسرى وقوله فالامام بالخيار حاصله ان الامام بالخيار في جمع العقوبتين من قطع
الايدى والارجل مع القتل والصلب وبين القتل او الصلب ابتداء من غير قطع الايدى والارجل
وكذلك للامام الخيار عند اختيار ترك قطع الايدى والارجل بين القتل والصلب فكان
الخيار للامام في موضعين وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وذكر في الكتاب قول ابي يوسف معه
وقال محمد رحمه الله يقتل او يصلب ولا يقطع وذكر في عامة الروايات قول ابي يوسف معه لانه
اى قطع الطريق جناية واحدة فلا يوجب حدين ولان ما دون النفس يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة
والرجم فان السارق اذا زنى وهو محصن فانه يرجم لا غير لان القتل ياتي على ذلك كله وقوله
ولهما اى لابي حنيفة وابي يوسف وهو ظاهر والتداخل في الحدود لا في حد واحد لا يرى ان
الجلدات في الزنا لا يتداخل فان قيل لو كان حدا واحدا لما جاز للامام ان يدع القطع كما لم
يجز له ان يترك بعض الجلدات اجيب بان ولاية ترك القطع ليس بطريق التداخل بل لان مراعاة
الترتيب ليست بواجبة عليه في اجزاء حد فكان له ان يبدأ بالقتل لكن ثم اذا قتله فلا
فايدة في اشتغاله بالقطع بعده كما اذا ضرب الزاني خمسين جلدة فمات فانه يترك ما بقي لانه
لا فايدة في اقامته والبعج الشق من حد منع وقوله عن الكرخي مثله اى مثل ما نقل عن ابي يوسف
انه فالصلب وهو حي ويطعن بالرمح حتى يموت وقوله توقيا عن المثلة لانا نهينا عنها نهى رسول الله
صلى الله عليه عن المثلة ولو بالكلب العقور وقوله بما ذكرنا اى بالصلب ثلثة ايام قال واذا قتل
القاطع فلا ضمان عليه اذا قتل قاطع الطريق فلا ضمان عليه في مال اخذه كما لو سرق فقطع يده وهو
كلامه واضح وقوله انحازوا اليه اى انضموا وقوله فان لم يقتل القاطع ولم ياخذ مالا وقد جرح
جعل الامام التمرتاشي حالة خامسة من احوال قطاع الطريق والمصنف لم يذكره في الاجمال بل قال
هي اربعة لان مراد المصنف الاحوال التي تدل عليها الاجزية المذكورة في النص حدا وهي اربعة كما
ذكر وقوله سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما يسقط عصمة المال بناء على ان ما دون النفس يجري
مجرى الاموال وكان سقوط العصمة في حق المال سقوط العصمة في حق الجرح لان موجب الاول هو المال
لانه لو لم يسقط لصارت شبهة في وجوب القطع اذ الجناية واحدة وهي قطع الطريق فاذا ظهر
حق العبد فيه علم ان حق الله ليس بموجود فيه وقد ظهر حق الله حيث وجب القطع وقوله فان
شاء الاولياء قتلوه يعني قصاصا وقوله للاستثناء المذكور في النص يريد به قوله تعالى الا الذين
تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فاعلموا ان الله غفور رحيم واعترض بان قوله الا الذين تابوا
ههنا نظيره في قوله واولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا فيكون الاستثناء من قوله ولهم
في الآخرة عذاب عظيم اذ كل منهما جملتان كاملتان عطفتا على جملتين كاملتين واجيب

بان قوله

بان قوله واولئك هم الفاسقون لا يصلح جزاء وقد قررناه في التقرير بخلاف قوله ولهم في الآخرة عذاب
عظيم واعترض ايضا بان التوبة متوقفة على رد المال اولا فان كان الثاني لا يستقيم التعليل بقوله او
لان التوبة يتوقف على رد المال وان كان الاول كان الوجه الثاني داخلا في الوجه الاول فلا يكون علة
مستقلة اذ لا يصح ان يكون الشيء الواحد جزء علة وعلة مستقلة بالنسبة الى حكم واحد واجيب بان بعض
المشايخ ذهبوا الى ان الحد يسقط بنفس التوبة وهي الاقلاع في الحال والاجتناب في المآل والندم على
ما مضى والعزم على ان لا يعود اليه ابدا ولم يجعلوا التوبة بهذا المعنى موقوفة على رد المال وبعضهم ذهبوا
الى ان الحد لا يسقط ما لم يرد المال فجعلوا الرد من تمامها فالمصنف رحمه الله جمع بين قولي المشايخ
بهذا الطريق ذكر الاختلاف الامام المحقق فخر الاسلام رحمه الله في مبسوطه وقوله ولا قطع في مثله
اى مثل ما اذا رد المال الى المالك لان الخصومة تنقطع برد المال اليه وهي شرط لوجوب القطع وقوله
فظهر حق العبد يعني لما انتفى حق الشرع وهو القطع بانتفاء شرطه وهو الخصومة برد المال
ظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي ولي القصاص او يعفو وقوله ويجب الضمان
معطوف على قوله حتى يستوفي ولي القصاص واعترض بان وجوب الضمان بسقوط الحد وسقوط
الحد بالتوبة والتوبة يتوقف على رد المال عند بعض المشايخ فكيف يتصور الهلاك او الاستهلاك
بعد الرد الى المالك واجيب بانا نفرض المسئلة فيما اذا تاب ورد بعض المال بان يرد مال بعض
المقطوع عليهم الطريق واستهلك مال البعض الاخر او هلك في يده حيث يصح توبته ويجب
الضمان واقول هذا انما يتم ان لو كان التوبة متوقفة على رد المال في الجملة عند القائلين بذلك
واما اذا كانت متوقفة على رد جميع الاموال فلا يتم ويجوز ان يقال هذا الوضع انما هو على قول
البعض الاخر من المشايخ وقوله وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم يعني اذا باشر غير العقلاء صار
الخلل في الاصل ولا اعتبار فلا يجب الحد على الكل وقوله فصار كالخاطي مع العامد يعني اذا رمى
بسهم الى انسان عمدا ورماه آخر خطا واصابه السهمان معا ومات منهما لا يجب القصاص على
العامد لان الفعل واحد فيكون فعل المخطي شبهة في حق العامد وقوله فقد قيل تاويله ذهب
ابو بكر الرازي رحمه الله الى ان المسئلة محمولة على ما اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم وفي
قطاع الطريق ذو رحم محرم من احدهم فانه لا يجب الحد على الباقين لان المأخوذ شيء واحد فاذا
امتنع عن احدهم بسبب القرابة امتنع عن الباقين واما اذا كان لكل واحد منهم مال مفرد فالحد
يجري عليهم لان الاخذ من كل واحد منهم لا تعلق له لغيره كما لو سرقوا من حرز ذي الرحم المحرم من احدهم
مالا ومن حرز اجنبي مالا آخر بخلاف ما اذا سرقوا من حرز ذي الرحم المحرم ماله ومال غيره
لان الشبهة هناك في الحرز ولا معتبر في الحرز في قطع الطريق وكل واحد حافظ لماله والاصح انه مطلق

اى ليس مفيد بكون المال مشتركا لان الجناية واحدة على ما ذكرناه لابى حنيفة وزفر فالامتناع فى حق
البعض يوجب الامتناع فى حق الباقين بخلاف السرقة من حرز ثم من حرز آخر لان كل واحد من الفعلين
منفصل عن الآخر حقيقة وحكما وقوله بخلاف ما اذا كان فيهم مستامن جواب سوال تقريره قطع الطريق
على المستامن لا يوجب الحد كالقطع على ذى الرحم المحرم ثم وجود هذا فى القافلة يسقط الحد فينبغى ان
يسقط وجود المستامن فيهم ايضا وتقرير الجواب ان الامتناع فى حق المستامن لخلل فى العصمة
وهو اى الخلل يخص المستامن فلا يصير شبهة لان الشبهة فى غير الحرز لا يؤثر فى الحد لا شبهة فيه
كما اذا سرق الخمر وعشرة دراهم واما وجود ذى الرحم المحرم من قطاع الطريق فيورث شبهة فى الحرز
لان القافلة بمنزلة بيت واحد وكان كان القريب سرق مال القريب ومال الاجنبى من بيت القريب فانه لا
يقطع بشبهة تمكنت فى الحرز وقوله ومن قطع الطريق ظاهر وقوله ولا يتحقق ذلك فى المصر ويقرب
منه قدر البعد بين المصر وبين القطاع مسيرة سفر فى ظاهر الرواية وقوله لما بيناه اشارة الى قوله
لظهور حق العبد وقوله ومن خنق رجلا بالتخفيف من حنقه اذا عصر حلقه والخناق فاعله ومنه
الخنق بكسر النون لا يقال بالسكون كذا عن الفارابى **كتاب السير** ١٣
قدم الحدود على السير لان كل واحد منهما حسن لمعنى فى غيره وذلك الغير يتادى بفعل المامور به الا
ان الحدود معاملة مع المسلمين غالبا او على الخصوص فى حد الشرب وفى السير المقابلة مع الكفار و
تقديم ما بالمسلمين اولى والسير جمع سيرة وهى فعلة من السير وهى الطريقة فى الامور وفى الشرع يختص
بسير النبى صلى الله عليه وسلم فى مغازيه قال فى المغرب اصل السيرة حالة السير الا انها غلبت فى لسان
الشرع على امور المغازى وما يتعلق بها كالمناسك على امور الحج والمغازى جمع المغزاة من غزوت
العدو وقصدته للقتال وهى الغزوة والغزاة والمغزاة **قال** الجهاد فرض على الكفاية قيل الجهاد
هو الدعاء الى الدين الحق والقتال مع من امتنع عن القبول بالنفس والمال وسببه كون الكفار حربا
علينا وهو فرض كفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين اما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين
فان قيل كيف يصح التمسك على دعوى الفرضية بخبر الواحد اجيب بان خبر الواحد اذا تايد بالحجة القطعية
صح اضافة الفرضية اليه وههنا تايد هذا الحديث بقوله فاقتلوا وبالاجماع وفيه نظر لان الانسلم
انه اذا تايد بالقطعى افاد الفرضية فان الفرضية حينئذ يكون ثابتة بذلك القطعى لا بخبر الواحد و
يمكن ان يقال الخبر لم يذكره للدلالة على الفرضية بل لبيان دوامه وبقائه الى يوم القيامة فان الدلالة
القطعية فى الباب ليس فيها ما يدل على ذلك وخبر الواحد جاز ان يكون بيانا لما احتمله النص واما كونه
فرضا على الكفاية فلانه ما فرض لعينه لكونه افسادا فى نفسه بتخريب البلاد وافناء العباد لكن لاعزاز
دين الله تعالى ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلوة الجنازة

ورد الكلام

ورد السلام والمراد بالكراع الخيل وقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا اى ركبانا ومشاة او شبانا وشيوخا او مهازيل
وسمانا او صحاحا ومراضا واعترض بان قوله تعالى انفروا خفافا وثقالا عام فاوجب تقييده بالنفير العام
اجيب بانه دفع الحرج ولان النبى صلى الله عليه كان يخرج مع تخلف كثير من اهل العلم بذلك اختصاصه بالنفير
العام ولان الله تعالى قال لا يستوى القاعدون من المؤمنين غير اولى الضرر الى قوله وكلا وعد الله الحسنى
ووجه الاستدلال ان الله تعالى وعد القاعدين عن الجهاد الحسنى ولو كان الجهاد فرض عين لاستحق القاعد
الوعيد لا الوعد ثم الجهاد تصير فرض عين عند النفير العام على من يقرب من العدو وهو يقدر عليه واما
من وراهم فلا يكون فرضا عليهم الا اذا احتيج اليهم اما بعجز القريب عن المقاومة مع العدو واما
بالتكاسل فحينئذ يفترض على من يليهم ثم وثم الى ان يفترض الى جميع اهل الاسلام شرقا وغربا على
هذا التدريج وقوله فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية اراد بالاول قوله الجهاد واجب
الا ان المسلمين فى سعة اذ الاستثناء تكلم بعد الثنيا فكان بمجموع المستثنى والمستثنى منه اشارة
الى ذلك وآخره قوله حتى يحتاج اليهم الى النفير العام **قال** وقتال الكفار واجب وان لم يبدؤا
قتال الكفار الذين امتنعوا عن الاسلام واداء الجزية واجب وان لم يبدؤا بالقتال للعمومات الواردة
فى ذلك كقوله تعالى فاقتلوا المشركين وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة كتب عليكم القتال وغيرها فان قيل
العمومات معارضة لقوله فان قاتلوكم فاقتلوهم فانه يدل على ان قتال الكفار انما يجب اذا بدؤا بالقتال
اجيب بانه منسوخ وبيانه ان رسول الله صلى الله عليه كان فى الابتداء مامورا بالصفح والاعراض
عن المشركين بقوله فاصفح الصفح الجميل واعرض عن المشركين ثم امر بالدعاء الى الدين بالموعظة
والمجادلة بالاحسن بقوله ادع الى سبيل ربك بالحكمة ثم اذن بالقتال اذا كانت البداءة منهم بقوله
تعالى اذن للذين يقاتلون الاية وبقوله فان قاتلوكم فاقتلوهم ثم امر بالقتال فى بعض الازمان
بقوله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين الاية ثم امر بالبداءة بالقتال مطلقا فى الازمان
وفى الاماكن باسرها فقال وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة وقاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا
باليوم الآخر وقوله ولا يجب الجهاد على صبى وقوله ويكره الجعل ما دام للمسلمين فىء اراد بالجعل
ما يضربه الامام للغزاة على الناس مما يتقوى به الذين يخرجون الى الجهاد لانه يشبه الاجرة و
حقيقة الاجرة حرام فما يشبه الاجرة يكون مكروها وقوله يغزى العزب يقال اغزى الامير
الجيش اذا بعثه الى العدو ويقال رجل عزب بالتحريك لمن لا زوج له وجاء فى الحديث وهو شاب
اعزب والشخوص الذهاب من بلد الى بلد **باب كيفية القتال** لما كان الامر الاول
فى باب الجهاد القتال بدا ببيان كيفيته المدينة معروفة والحصن بكسر الحاء كل مكان محمى
محرز لا يتوصل الى ما فى جوفه فالمدينة اكثر من الحصن وقوله دعوهم الى الاسلام قبل الايخلو من ان

يقاتلوا قوما بلغتهم الدعوة او لم تبلغهم فان كان الثاني لا يحل القتال حتى يدعوا لقوله تعالى وما
كنا معذبين حتى نبعث رسولا وان كان الاول فالافضل ذلك وكان النبي صلى الله عليه اذا قاتل قوما
من المشركين دعاهم الى الاسلام ثم اشتغل بالصلوة واذا فرغ جدد الدعوة ثم شرع في القتال
وقوله كفوا عن قتالهم اي امتنعوا عن قتالهم ومنعوا انفسهم عنه فكف لازم ومتعد وقوله
على ما نطق به النص يعني قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى ان قال حتى يعطوا الجزية عن يد و
قوله وهذا في حق من تقبل منهم الجزية ظاهر وقوله فتكفى بالنون على بناء المفعول مؤنة القتال نصب
مؤنة على المفعول الثاني وقوله للنهي اشارة الى ما روي انه عم بعث عليا رضي الله عنه سرية وقال
لا تقاتلوهم حتى تدعوهم الى الاسلام وقوله لعدم العاصم اي الموجب للغرامة وهو الدين على مذهب
الشافعي والاحراز بالدار على مذهبنا وقوله مبالغة بالانذار لان النبي صلى الله عليه وسلم اذا قاتل
قوما من المشركين دعاهم الى الاسلام ثم اشتغل بالصلوة ثم عاد بعد الفراغ جدد الدعوة و
قد قدمناه وقوله اغار على بني المصطلق اي اخرجهم من حياتهم بحكومة عليهم وهم غارّون
اي غافلون وقوله أُبنى على وزن حبلى موضع بالشام وقيل اسم قبيلة والغارة لا يكون بدعوة
لان فيها ستر الامر والاسراع لانها اسم مصدر للاغارة التي هي مصدر اغار الثعلب او الفرس
إغارة وغارة اذا اسرع في العدو وقوله البُوَيْرة على وزن مصغر الدار والكبش هو الذل و
الهوان وقوله وان كان فيهم اسير او تاجر ذمي قال الحسن بن زياد انه اذا علم ان فيهم مسلما
وانه يتلف بهذا الصنيع لم يحل له ذلك لان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز
الا يرى ان للامام ان لا يقتل الاسارى لمنفعة المسلمين فكان مراعاة جانب المسلمين اولى من هذا
الوجه وقلنا في رميهم دفع ضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام اي مجتمعه للشبه المعنوي بينهما وبين
بيضة النعامة وغيرها لان البيضة مجمع الولد وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص و
اذا اجتمعا نقدم دفع الضرر العام على الخاص ولانه قلما يخلو حصن من حصونهم عن مسلم اسير
او تاجر فلو امتنع عن الرمي لانسد بابه اي باب الجهاد وقوله لما بينا اشارة الى قوله لان في
الرمي دفع الضرر العام الى آخره وقوله وما اصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة يعني عندنا
وقال الحسن بن زياد هو قول الشافعي رحمهما الله فيه الدية والكفارة لان هذا هو عين صورة قتل
الخطاء لانه يقصد بالرمي الكافر فيصيب المسلم والجواب انه اذا كان عالما بحقيقة حال من يصيبه
عند الرمي لم يكن فعله خطاء بل كان مباحا محضا ولا دية ولا كفارة فيه ولنا ان الجهاد فرض و
كل ما هو فرض فالغرامات لا يقترن به لان الفرض مأمور به لا محالة وسبب الغرمات عدوان
محض منهي عنه وبينهما منافاة فان قيل هذا تعليل في معارضة قوله صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام دم

مطلب في بيان العاصم عن القتل

الذَّبُّ المنع والدفع وقد ذَبَبْتُ عنه وذَبْذَبَ اي اكثر الذب صحاح

اي يقترن اه

الرمي الفرض المامور به والظلم المنهي عنه

مفرج

مفرج يعني ما نحن فيه ليس بدار الاسلام وقوله بخلاف حالة المخمصة جواب عما قاس عليه الحسن وقال الاطلاق
الرمي لضرورة اقامة الجهاد لا ينفي الضمان كتناول مال الغير حالة المخمصة يطلق لمكان الضرورة و
يجب الضمان وتقرير الجواب ان الجايع يقدم على التناول عند دفع الخطر وان كان فيه ضمان لما فيه من
احياء نفسه وهو منفعة عظيمة تتحمل بسببها ضرر الضمان اما الجهاد فمبني على اتلاف النفس اي نفس سواد
الكفار وقد يكون فيها مسلم فلو وجب الضمان بقتالهم لامتنعوا عن الجهاد الذي هو فرض وذلك لا يجوز
كما لا يجوز ايجاب الدية والكفارة على الامام فيما اذا مات الزاني البكر من الجلد لئلا يمتنع القاضي عن
تقلد القضاء ويجوز ان يكون معناه الجهاد مبني على اتلاف النفس مطلقا لان المجاهد اما ان يَقتُل او قد
يصادف المسلم او يُقتَل فلو الزمنا الضمان امتنع عن الجهاد الفرض لكونه خاسرا في كلتا الحالتين بخلاف ما
اذا لم يضمن وقوله حذار الضمان منصوب على المفعول له قال ولا باس باخراج النساء والمصاحف
كلامه واضح سوى ما ينبه عليه السرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار وعن ابي حنيفة
رحمه الله اقل السرية مائة وقال في السير الكبير افضل ما يبعث في السرية ادناه ثلثمائة ولو بعث ما
دونه جاز وقال الحسن بن زياد من قول نفسه اقل السرية اربعمائة واقل الجيش اربعة الاف وقوله وهو
التاويل الصحيح لقوله صلى الله عليه وسلم لا تسافروا بالقران في ارض العدو رواه ابن عمر وانما قيد التاويل
بالصحيح احترازا عما قال ابو الحسن القمي في ابتداء الاسلام عند قلة المصاحف وكذا روي عن الطحاوي وقوله
لما قلنا اشارة الى قوله في الباب السابق لعدم حق المولى والزوج وقوله الا ان يهجم استثناء من قوله لا
يقاتلوا يعني عند الضرورة يقاتلون لان الجهاد حينئذ يصير فرض عين ولا يظهر حق المولى والزوج
عنده وقوله والمُثلة المروية يقال مثلت بالرجل امثل به مثلا ومثلة اذا سودت وجهه وقطعت
انفه وما اشبه ذلك وقصة مثلة العرنيين مشهورة وقد انتسخت بالنهي بما اخر روى عمران بن
الحصين رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قام فينا خطيبا بعد ما مثل بالعرنيين الا كان
يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة فتخصيصه بالذكر في كل خطبة دليل على تاكيد الحرمة وقوله
ولا شيخا فانيا قال في الذخيرة هذا الجواب في الشيخ الكبير الفاني الذي لا يقدر على القتال ولا على الصياح
عند التقاء الصفين ولا يقدر على الاحبال ولا يكون من اهل الراي والتدبير اما اذا كان يقدر على ذلك يقتل
لانه يقاتل بماله او بصياحه محرض على القتال وبالاحبال يكثر المحارب وقوله لان المبيح عندنا اي القتال الكفر
وعندنا هو الحراب وقوله لما بينا اشارة الى قوله ولهذا لا يقتل يابس الشق وهو المفلوج قيل والمراد بالذراري
هنا النساء وقوله هاء كلمة تنبيه الحقت بآخره هاء السكت وقوله الا ان يكون احد هؤلاء ممن له راي في الحرب
لما صح ان رسول الله عليه السلام قتل دريد بن الصمة وكان ابن مائة وعشرين سنة وفي رواية ابن مائة وستين
سنة لانه كان صاحب رأيه وقوله فهو في حال الافاقة كالصحيح يعني يقتل سواء قاتل او لم يقاتل كالصحيح

محمد رحمه الله

النهي لكان

المتاخرة

فانه يقتل وان لم يقاتل لكنه انما يقتل في حال المقاتلة لانه ممن يقاتل ويخاطب في قوله امتنع اي لقف غيره
ويعالجه فيضرب قوائم فرسه ونحو ذلك وقوله لما بيناه اشارة الى قوله لان مقصودها الدفع والله تعالى اعلم

باب الموادعة ومن يجوز امانه

الموادعة المصالحة وسميت بها لانها متاركة
وهي من الودع وهو الترك وذكر ترك القتال بعد ذكر القتال ظاهر المناسبة وقوله وكان ذلك مصلحة
قيل عليه بان قوله تعالى وان جنحوا للسلم ليس مقيدا بالمصلحة وكان الاستدلال به مخالفا للمدعى واجيب
بان هذه الآية محمولة على ما اذا كانت في المصالحة مصلحة للمسلمين بدليل آية اخرى هي قوله تعالى فلا
تهنوا وتدعوا الى السلم وانتم الاعلون وبدليل الآيات الموجبة للقتال والا لزم التناقض لما ان موجب
الامر بالقتال مخالف لموجب الامر بالمصالحة فلا بد من التوفيق بينهما وهو ما ذكرنا بدليل موادعة
رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل مكة على ما ذكر في الكتاب وقوله ولا تقتصر الحكم على المدة المروية وهي عشر
سنين فكانت هذه المدة المروية من المقدرات لكن لا يمنع الزيادة والنقصان لان مدة الموادعة
تدور مع المصلحة وهي قد تزيد وقد تنقص وقوله لتعدي المعنى يعني دفع الشر وقوله بخلاف ما اذا
لم يكن خيرا حيث لا يجوز للامام ان يوادعهم عملا بقوله تعالى فلا تهنوا وتدعوا الى السلم ولان
الموادعة ترك الجهاد صورة ومعنى اما صورة فظاهر حيث تركوا القتال واما معنى فلانه لما لم يكن
فيه مصلحة للمسلمين لم يكن في تلك الموادعة دفع الشر فلم يحصل الجهاد معنى ايضا وقوله نبذ اليهم
نبذ الشيء من يده طرحه ورمى به نبذا ونبذ العهد نقضه وهو من ذلك لانه طرح له وقوله نبذ
اليهم اي بعث اليهم من يعلمهم بنقض العهد وقوله صلى الله عليه وسلم في العهود وفاء لا غدر اي هي وفاء
وقوله ولا بد من اعتبار مدة الى آخره قال الله تعالى واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء
اي على سواء منكم ومنهم في العلم بذلك فعرفنا انه لا يحل قتالهم قبل النبذ وقبل ان يعلموا بذلك ليعودوا
الى ما كانوا عليه من التحصن وكان ذلك للتحرز عن الغدر وقوله لما بينا من قبل يعني قوله انه ترك
الجهاد صورة ومعنى وقوله اذا لم ينزلوا بساحتهم اي اذا لم ينزل المسلمون بدار الكفار للحرب وقوله لم يح
لانه ماخوذ بالقهر معنى يعني فيكون كالماخوذ قهرا صورة ومعنى وهو الماخوذ بعد الفتح بالقتال
وقوله لما فيه من اعطاء الدنية اي النقيصة وقوله الا اذا خاف الهلاك يعني على نفسه وعلى نفس ساير المسلمين
فحينئذ لا باس بدفع المال لما روي ان المشركين لما احاطوا بالخندق وصار المسلمون الى ما اخبر الله عنهم
بقوله هنالك ابتلي المؤمنون وزلزلوا زلزالا شديدا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عيينة بن حصن
وطلب منه ان يرجع بمن معه على ان يعطيه كل سنة ثلث ثمار المدينة فابى الا النصف فلما حضر رسله ليكتبوا
بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم قام سيدا الانصار سعد بن معاذ وسعد بن عبادة رضي الله عنهما وقالا
يا رسول الله ان كان عن وحي فامض لما امرت به وان كان رايا رايته فقد كنا نحن وهم في الجاهلية لم يكن لنا

ولا لهم

ولا لهم دين وكانوا لا يطمعون في ثمار المدينة الا بشرا او قرى فاذا اعزنا الله بالدين وبعث فينا رسوله
نعطيهم الدنية لا نعطيهم الا السيف فقال عليه السلام اني رايت العرب رمتكم عن قوس واحدة فاحببت
ان اصرفهم عنكم فان ابيتم ذلك فانتم واولئك اذهبوا فلا نعطيكم الا السيف فقد مال رسول الله الى الصلح في وذلك ح
الابتداء لما احس بالضعف بالمسلمين فحين راى القوة فيهم بما قال السعدان امتنع عن ذلك وقوله باي
طريق يمكن قيل في هذا التعميم شبهة وهي انه لو لم يمكن دفع الهلاك عن نفسه الا باجراء كلمة الكفر او
بقتل غيره او بالزنا فان دفع الهلاك بذلك عن نفسه غير واجب بل هو مرخص فيه حتى لو قتل فيما يجره
عنها كان شهيدا واجيب عنها بان معنى الكلام باي طريق يمكن سوى الامور التي رخص فيها ولم يجب
الاقدام واقول الواجب يعني الثابت فيندفع به وقوله ولا يجهز اليهم اي لا يبعث التجار اليهم بالجهاز البهام
وهو فاخر المتاع والمراد به هاهنا السلاح والكراع والحديد وقوله لما بينا يعني قوله لان فيه تقويتهم على
قتال المسلمين وتعالى ما راه اهله الى ان اتاهم بالطعام

فصل

لما كان الامان نوعا من الموادعة
لان فيه ترك القتال كالموادعة ذكره في فصل على حدة وكلامه واضح وقوله ويسعى بذمتهم ادناهم
وامانهم ادناهم اي اقلهم وهو الواحد لانه لا اقل منه وانما فسر الادنى هاهنا بالاقل احترازا عن تفسير
محمد حيث فسره بالعبد لانه جعله من الدناءة والعبد ادنى المسلمين وقوله ولانه اي ولان كل واحد من
الرجل والمراة من اهل القتال اما الرجل فظاهر واما المراة فبالتسبب بالمال والعبيد واما قوله
صلى الله عليه وسلم هاه ما كانت هذه تقاتل فمعناه بنفسها وقوله علاقته اي علاقة الامان محله
لان محله هو محل الخوف وهو موجود فيهما على ما ذكرنا وقوله ثم يتعدى الى الامان الى غيره اي غير
الذي من اهل الاسلام كما في شهادة رمضان فان الصوم يلزم من شهد برؤية الهلال ثم يتعدى منه آمن
الى غيره وقوله ولان سببه لا يتجزى وهو الايمان اي التصديق بالقلب فكذا الامان لا يتجزى
فاذا تحقق من بعضهم امانا يبطل او يكمل لا يجوز الاول بعد تحقق السبب فيتحقق الثاني كما اذا وجد
الانكاح من احد الاولياء المتساوية في الدرجة صح النكاح في حق الكل لان سبب الولاية وهو
القرابة غير متجز فلا يتجزى الولاية فكذلك هاهنا واعلم ان المصنف رحمه الله استدل بالمعقول على
وجهين جعل المناط في احدهما كون من يعطي الامان ممن يخافونه وفي الآخر الايمان والاول يقتضي
عدم جواز امان العبد المحجور والتاجر والاسير والثاني يقتضي جوازه ولو جعلهما علة واحدة
بحذف الواو عن الثاني ليقع علة لقوله ثم يتعدى الى غيره كان اولى ويمكن ان يجعل الاول علة والآخر
شرطا وسماه سببا مجازا وقوله والشيء يبقى على عدمه عند عدم شرطه وسيجيء في كلامه اشارة
الى هذا وقوله الا ان يكون في ذلك مفسدة استثناء من قوله صح امانهم وقوله وقد بيناه يعني في باب
الموادعة بقوله وان صالحهم مدة الى آخره واليه اشار ايضا بقوله لما بينا قيل قوله ولو حاصر الامام حصنا

وامن واحد من الجيش تكرار محض لانه علم ذلك من قوله الا ان يكون في ذلك مفسدة وانما قوله يجوز ان تكون ذلك قبل ان يحاصر الامام وهذا بعده ويجوز ان يكون اعادة تمهيدا وتوطية لقوله ويؤدبه الامام لافتياته على رايه اى لسبقه على راى الامام وحقيقة الافتيات الاستبداد بالراى وهو افتعال من الفوت وهو السبق وقوله ولا يجوز امان ذمى لانه متهم بهم اى بالكفار للاتحاد في الاعتقاد وقوله لا يصح امانه لما بينا يعنى قوله والامان يختص بمحل الخوف

قال

ولا يجوز امان العبد اتفق اهل العلم على ان امان العبد الماذون صحيح لما روى ان عبدا كتب على سهم بالفارسية مترسيت ورمى به الى قوم محصورين فرفع ذلك الى عمر رضى الله عنه فاجاز امانه وقال انه رجل من المسلمين وهذا العبد كان مقاتلا لان الرمى فعل المقاتل واما العبد المحجور عن القتال فلا يصح امانه عند ابى حنيفة ويصح عند محمد والشافعى رحمهما الله وذكر الكرخى قول ابى يوسف مع محمد واعتمد عليه القدورى في شرحه وذكر الطحاوى مع ابى حنيفة رحمه الله وهو الظاهر واعتمد عليه صاحب الاسرار واستدلال محمد بالحديث ظاهر وقوله ولانه مؤمن ممتنع اى ذو قوة وامتناع اشارة الى شرط جواز الامان وهو الايمان والى علته وهو الخوف لان الخوف انما يحصل ممن له قوة وامتناع وقوله وبالمؤبد من الامان يعنى عقد الذمة فان الحربى اذا عقد عقد الذمة مع العبد وقبل الجزية وقبل العبد منه هذا العقد صح هذا العقد والقبول من العبد ويصير ذميا بالاتفاق حتى يجرى عليه احكام اهل الذمة من المنع عن الخروج الى دار الحرب وقصاص قاتله وغير ذلك وقوله فالايمان لكونه شرطا للعبادة يعنى شرطنا الايمان في قولنا ولانه مؤمن ممتنع ليصح امانه لانه شرط للعبادة والجهاد عبادة وهذا هو الموعود بقولنا فيما تقدم وسيجى في كلامه الى هذا وقوله والامتناع يعنى وشرطنا الامتناع ليتحقق ازالة الخوف وقوله والتاثير اعزاز الدين يعنى العلة الجامعة في قياس العبد المحجور على الماذون له اعزاز الدين واقامة المصلحة وتحقيق هذا ان الوصف المؤثر في امان العبد الماذون له الامتناع وشرط الايمان وهذا الوصف معد لظهور اثره وهو اعزاز الدين واقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين في عين هذا الحكم وهو الامان في الحر فاذا وجد في المحجور عليه صح تعديته اليه كما في ساير الاقيسة وقوله وانما لا يملك المسايفة جواب عما يقال الاصل في الجهاد هو المسايفة وهو لا يملكه فلا يملك الامان ايضا وتقريره انما لا يملك المسايفة لما فيه من تعطيل منافع المولى وهو لا يملك ذلك ولا تعطيل عنا فيه في مجرد القول وقوله ولابى حنيفة انه محجور عن القتال يصلح ان يكون ممانعة وتقريره لا نسلم وجود الامتناع لان الامتناع انما يكون لتحقق ازالة الخوف وهم لا يخافونه وان يكون معارضة وهو الظاهر من كلام المصنف وتقريره انه محجور عن القتال وكل محجور عن القتال لا يصح امانه لانهم لا يخافونه وفيه نظر لان الخوف امر باطن لا دليل على وجوده ولا عدمه فالكفار من اين

يعلمون

يعلمون انه عبد محجور عليه حتى لا يخافونه والجواب ان ذلك يعلم بترك المسايفة فانهم لما راوا شابا مقتدرا على القتال مع المقاتلين ولا يحمل سلاحا ولا يقاتلهم علموا انه ممنوع عن ذلك من له المنع ولو قال المصنف انه محجور عن القتال والامان نوع قتال لكان اسهل اثباتا لمذهب ابى حنيفة فتامل وقوله وفيه ما ذكرنا يريد انه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر وقوله وفيه سد باب الاغتنام اى على المسلمين وذلك ضرر في حقهم فاذا كان ممنوعا عن الضرر بالمولى فكيف يصح منه ما يضر المولى والمسلمين وقوله بخلاف المؤبد جواب عن قياس محمد صورة النزاع على عقد الذمة لانه اى الامان المؤبد خلف عن الاسلام من حيث انه ينتهى بها القتال المطلوب به الاسلام الحربى فهو بمنزلة الدعوة اليه اى الى الاسلام وهى نفع ولانه مقابل بالجزية وهى نفع ولانه مفروض عند مسئلتهم ذلك يعنى ان الكفار اذا طلبوا عقد الذمة يفترض على الامام اجابتهم اليه واسقاط الفرض نفع فافترقا وقوله فهو على الخلاف يعنى على قول ابى حنيفة لا يصح امانه وعند محمد يصح وقوله فالاصح انه يصح بالاتفاق اى باتفاق اصحابنا ليس على الخلاف لانه تصرف داير بين النفع والضرر كالبيع فيملكه الصبى بعد الاذن والله اعلم

باب الغنايم وقسمتها

اخر باب الغنايم عن فصل الامان لان الامام بعد المحاصرة اما ان يؤمنهم ويقتلهم ويستغنم اموالهم فلما فرغ من ذكر الامان ذكر الغنايم وقسمتها والغنيمة ما نيل من اهل الشرك عنوة والحرب قايمة وحكمها ان يخمس والباقى بعد الخمس للغانمين خاصة واذا فتح الامام بلدة عنوة قال في النهاية وقوله قهرا ليس بتفسير له لغة لان عنا عنوا بمعنى ذل وخضع وهو لازم وقهر متعد بل يكون هو تفسيره من طريق شعور الذهن لان من الذلة يلزم القهر اوان الفتح بالذلة مستلزم للقهر فهو بالخيار ان شاء قسمه اى قسم البلدة بتاويل البلد بين المسلمين كما فعل رسول الله بخيبر وان شاء اقر اهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج كذلك فعل عمر رضى الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة رضى الله عنهم اجمعين فان قيل قد خالفه في ذلك جماعة اجاب بقوله ولم يحمد من خالفه يريد به نفرا يسيرا منهم بلالا حتى دعا عليهم على المنبر فقال اللهم اكفنى بلالا واصحابه بلالا واصحابه فما حال الحول وفيهم عين تطرف اى ماتوا جميعا وفي كل من ذلك قدوة فيتخير ولقائل ان يقول لا نسلم ان احدا من الصحابة بل اكثرهم يصير قدوة على خلاف ما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم اذ لم يصل الى حد الاجماع والجواب عنه من وجهين احدهما ان فعل النبى صلى الله عليه وسلم اذا لم يعلم انه عليه السلام على اى وجه فعله يحمل على ادنى منازل افعاله وهو الاباحة وحينئذ لا يستوجب العمل لا محالة فاذا دليل الصحابى جاز ان يعمل بخلافه والثانى انه على تقدير انه عليه السلام فعل ذلك وجوبا فان عمر رضى الله عنه فعل ما فعل مستنبطا من قوله تعالى والذين

ظلم ج

جاؤا من بعدهم بعد قوله تعالى وما افاء الله على رسوله من اهل القرى ولله وللرسول ولذي القربى فيكون ثابتا باشارة
النص وهي تفيد القطع فيكون الواجب احدهما يتعين بفعل الامام كالواجب المخير كما في خصال الكفارة
ففعل النبي عليه السلام محمول على حاجة المسلمين والثاني عند عدم الحاجة كما فعل عمر رضي الله عنه لتكون
عدة في الزمان الثاني وهذا اي اقرار اهل البلد على بلادهم بالمن عليهم في العقار اما في المنقول المجرد فلا
يجوز المن بالرد بان يدفع اليهم مجانا وينعم به عليهم واما فيد المنقول بالمجرد لانه يجوز المن عليهم
في المنقول بطريق التبعية بالعقار وذلك في قوله بعد هذا وان من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع من اليهم من
المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل وقوله لانه لم يرد به اي بالمن الشرع فيه اي في المنقول المجرد وفي العقار
خلاف الشافعي فانه لا يجوز المن فيه قال لان في المن ابطال حق الغانمين عندكم لان حقهم قد ثبت و
تأكد بالاحراز فقد صار محرزا بفتح البلدة واجراء احكام الاسلام فيها وليس للامام ذلك او ملكهم
يعني عندي فان الملك قد ثبت لهم بنفس الاحراز فلا يجوز يعني ابطال كل واحد من الحق والملك من غير
بدل يعادله فان قيل الخراج يعادله اجاب بقوله والخراج غير معادل لقلته فان قيل الحق والملك ثبت في
رقابهم ايضا وجاز له ان لا يقسمها اجاب بقوله بخلاف الرقاب يعني ان حقهم كما يتعلق بها لان للامام
ان يبطل حقهم راسا بالقتل فكذا له ان يبطله بالخلف وهو الجزية وهذا لانها خلقت في الاصل حرا و
الملك ثبت بعارض فالامام اذا استرقهم فقد بدل حكم الاصل فاذا جعلهم احرارا فقد ابقى حكم الاصل فكان
جائزا والحجة عليه ما روينا يعني من فعل عمر رضي الله عنه وقوله ولان فيه نظرا يعني ان نظر الامام
قد يقع على وجه النظر في اقرار اهلها عليها لانه لو قسمها بينهم لاشتغلوا بالزراعة وقعدوا عن الجهاد وكان
يكثر عليهم العدو وربما لا يهتدون لذلك العمل ايضا فاذا تركها في ايديهم وهم عارفون بالعمل صاروا
كالاكرة اي المزارعين العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مع نفعه مع ما انه يحظى به الذين يأتون
من بعد كان فيه نظر لا محالة فيكون جائزا وقوله والخراج وان قل جواب عن قوله والخراج غير معادل لقلته
وتقريره الخراج وان قل حالا لكونه بعض ما يمكن ان يخرج في سنة فقد جل مآلا لدوامه بوجوبه كل سنة
وقوله وان من عليهم ظاهر وقوله ليخرج عن حد الكراهة معناه ما قال الامام التمرتاشي فان من عليهم برقابهم
واراضيهم وقسم النساء والذرية وسائر الاموال جاز ولكن يكره لانهم لا ينتفعون بالاراضي بدون المال ولا
بقاء لهم بدون ما يكفي تزجية العمر الا ان يدع لهم ما يمكنهم به العمل في الاراضي قال وهو في الاسارى
بالخيار الامام فيما حصل تحت يده من الاسارى مخير بين الامور الثلثة ان شاء قتلهم لانه صلى الله عليه وسلم
قد قتل قتل عقبة بن ابي معيط والنضر بن الحارث بعد ما حصلا في يده وقتل بني قريظة بعد ثبوت اليد عليهم
فانهم لو اسلموا سقط عنهم القتل لانه عقوبة وجبت للبقاء على الكفر فاذا زال الكفر سقط القتل وان شاء استرقهم
لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام فانهم لو اسلموا بعد ذلك لم يسقط عنهم الرق لان الرق جزاء الكفر

احدهما وعمر الآخر وقيل في التوفيق بينهما ان الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين كما فعل النبي عليه السلام فانه كان
صح صح

الاصل على ما عرف بخلاف ما اذا اسلموا قبل الاستيلاء حيث لا يجوز القتل ولا الاسترقاق ايضا لانه صار
اولى الناس بنفسه قبل انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء والاخذ وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين
لما بينا من فعل عمر رضي الله عنه فان قيل فاقتلوا المشركين ينافي ترك قتلهم فلا يجوز اجيب بانه ترك
العمل به في حق اهل الذمة والمستامن فكذا في المتنازع فيه بفعل عمر رضي الله عنه وقوله الا مشركي العرب
استثناء من قوله وان شاء تركهم احرارا وللقائل ان يقول هذه الادلة تدل على خلاف المدعى لان المدعى هو
ان يكون الامام مخيرا بين الامور الثلثة والادلة تدل على وجوب كل واحد لانه قال لان فيه حسم مادة
الفساد وذلك واجب لا محالة ثم قال لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام وهو كالاول و
اقوى ثم استدل بما فعل عمر رضي الله عنه بقوله لما بينا وهو انما يصح على تقدير ان يكون ما فعله واجبا و
الا لزم التخيير بين الواجب وغيره وهو لا يجوز والجواب ان كل واحد من الامور واجب والامام مخير
بينها كما في الواجب المخير وقوله ولا يجوز ان يردهم ظاهر وقوله ولا يفادي بالاسارى المفاداة بين
اثنين يقال فاداه اذا اطلقه واخذ فديته ومنه قوله ولا يفادي بالاسارى اي لا يعطي اسارى الكفار و
يوخذ منهم اسارى المسلمين او المال عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يفادي بهم
اسارى المسلمين ولا يجوز الفدية بالمال وجعل في السير الكبير قولهما اظهر الروايتين عن ابي حنيفة رحمه الله
ووجه ذلك ما ذكره ان فيه تخليص المسلم وهو اولى من قتل الكافر والانتفاع به وقوله وله ان فيه تقوية
وفي بعض النسخ معونة ظاهر وتحوه ان يبرز هذا في مبرز دفع الضرر العام بتحمل الضرر الخاص كما
مر في صورة الرمي عند التترس بالمسلمين واما المفادات باخذ المال منهم في اطلاق اسراهم
فلا يجوز في المشهور من مذهب اصحابنا لما بينا ان فيه تقوية او معونة للكفرة بعودهم حربا علينا
وفي السير الكبير انه لا باس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا باسارى بدر وسيجيء جوابه وقوله
ولا يجوز المن عليهم المراد بالمن عليهم هو الانعام عليهم بان يتركهم مجانا من غير استرقاق ولا ذمة
ولا قتل خلافا للشافعي رحمه الله فانه يقول من رسول الله صلى الله عليه وسلم على بعض الاسارى يوم بدر يعني
ابا عزة الجمحي ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه بالاسر والقسر ثبت فيه
حق الاسترقاق فيه للغانمين فلا يجوز اسقاط الغير منفعة وعوض كسائر الاموال المغنومة وما رواه
من المن على ابي عزة فهو منسوخ بما تلونا وكذلك قوله تعالى فاما منا بعد واما فداء وكذلك قصة
اسارى بدر لان سورة براءة آخر ما نزلت وقد تضمنت وجوب القتل على كل حال بقوله تعالى فاقتلوا
المشركين حيث وجدتموهم فكان ناسخا لما تقدم كله وللقائل ان يقول قد اجمعوا على انه مخصوص
خص منه الذمي والمستامن فجاز ان يخص منه الاسير قياسا عليهما وبحديث ابي عزة او غيرهما والجواب
ان قياس الاسير على الذمي فاسد لوجود الذمية فيه دون الاسير وهي المناط وكذا على المستامن لعدم التخاف

دقيقة وحديث اى عزة متقدم على الآية وغيرها غير موجودا وغير معلوم فلا يصلح التخصيص بشيء من
ذكر والمواشي جمع ماشية وهي الابل والبقر والماكلة بضم الكاف وفتحها بمعنى وكلامه ظاهر **قال**
ولا تقسم غنيمة في دار الحرب قسمة الغنيمة في دار الحرب لا تجوز عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف
جاز والتاخير الى الخروج الى دار الاسلام احب الى وقال الشافعي لا باس بذلك والاصل ان الملك لا
يثبت للغانمين قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت وعلى هذا الاصل عدة من المسايل
ذكرها في الكفاية اى في كفاية المنتهى منها ان الامام اذا باع شيئا من الغنايم لا لحاجة الغزاة او باع
احد الغزاة فانه لا يصح عندنا لعدم الملك وكذا لو اتلف احدهم شيئا في دار الحرب لم يضمن و
كذا لو مات احدهم لا نورث سهمه ولو لحق الجيش مدد قبل القسمة في دار الحرب شاركوهم في
الغنيمة وقوله له ان سبب الملك ظاهر وقوله ثم قيل موضع الخلاف اى ان موضع الخلاف فيما اذا
صدرت القسمة عن الامام بدون الاجتهاد هل يثبت حكم الملك لمن وقعت القسمة في نصيبه
من الاكل والوطي وساير الانتفاع اولا فعنده يثبت وعندنا لا يثبت وقوله لان حكم الملك لا يثبت
بدونه اى بدون الملك معناه ان ترتب هذه الاحكام دليل ثبوت الملك المستلزم لجواز القسمة فعنده
مترتبة بهذه القسمة الصادرة لا عن اجتهاد فيلزم منه ثبوت الملك وعندنا ليست بمترتبة
فدل على ان الملك لم يكن ثابتا وهذا لان الملك علة لترتب الاحكام وقد وجد المعلول فيلزم وجود
العلة لئلا يلزم تخلف المعلول عن العلة وعندنا لم يوجد المعلول فيلزم عدم وجود العلة لئلا
يلزم تخلف العلة عن المعلول وانما قيد القسمة بقوله لا عن اجتهاد لبيان موضع الخلاف فانه
اذا قسم مجتهدا جاز بالاتفاق وقوله وقيل الكراهة اى حكم قسمة الغنايم في دار الحرب على مذهبنا
الكراهة لا عدم الجواز لما في القسمة من قطع شركة المدد فيقل رغبتهم في اللحوق بالجيش ولانه
اذا قسم تفرقوا فربما يكر العدو على بعضهم وهذا امر وراء ما يتم القسمة فلا يمنع جوازها
وهي كراهة تنزيه عند محمد فانه قال على قول ابى حنيفة وابى يوسف لا يجوز القسمة في دار الحرب
وعند محمد الافضل ان يقسم في دار الاسلام وفيه نظر لان هذا يشير الى ان قول محمد على خلاف قول
ابى حنيفة في القسمة في دار الحرب وليس بمشهور فانه لا خلاف بينهم في ظاهر الرواية عن اصحابنا وفي
غير ظاهر الرواية عبر بالافضلية منقولة عن ابى يوسف كما ذكرناه وايضا قوله على قول ابى حنيفة وابى يوسف
لا يجوز القسمة يدل على ضعف قوله وقيل الكراهة وفي الجملة هذا الموضع لا يخلو عن تسامح والمخلص عنه
انهم اختلفوا في المراد بقوله ولا تقسم غنيمة في دار الحرب فقال بعض المشايخ المراد به عدم جواز
القسمة حتى لا يثبت الاحكام المترتبة على القسمة وقال بعضهم المراد بها الكراهة وعلى هذا قوله على قول
ابى حنيفة وابى يوسف لا يجوز القسمة انما يصح على قول الاولين ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجح

لكونه

لكونه محرما والمحرم راجح على المبيح الا انه تقاعد عن سلب الجواز بالاتفاق اما عند الشافعي فيجوز
مطلقا واما عندنا فيجوز اذا احتاج الغزاة الى الثوب والدابة ونحو ذلك فلا تقاعد عن
ايراث الكراهة لان الدليل المرجوح ما لم يبطل بالكلية حصل من معارضة الدليل الراجح والمرجوح
الكراهة كما في سور الحمار **قال** والردء والمقاتل في العسكر سواء الردء وهو العون والمقاتل
وهو المباشر في العسكر في استحقاق الغنيمة سواء لاستوائهم في السبب وهو مجاوزة الدرب بنية
القتال عندنا او شهود الوقعة عند الشافعي على ما عرف وكذا كل من لم يقاتل لمرض او غيره لما
ذكرنا من الاستواء في السبب وقوله واذا لحقهم المدد ظاهر وقوله بناء على ما مهدناه من الاصل
يريد ما مر ان سبب الملك عنده هو الاخذ والملك يثبت به وعندنا ان السبب هو الاحراز فاذا شارك
المدد الجيش في الاحراز الذي يتم به السبب شاركوهم في تاكد الحق به كما لو التحقوا بهم في حالة
القتال وانما ينقطع المشاركة بالاحراز وبقسمة الامام في دار الحرب وببيعه الغنائم فيها لان
بكل منها يتم الملك فينقطع شركة المدد وقوله ولا حق لاهل سوق العسكر في الغنيمة بالاطلاقه
يفيد نفي السهم الكامل والرضخ وكذا ذكر في المبسوط وعلل بان قصدهم التجارة لا اعزاز الدين
وارهاب العدو الا ان يقاتلوا فلهم السهم وقال الشافعي يسهم لهم في قول لقوله صلى الله عليه وسلم
الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد وقوله ولنا انه لم يوجد المجاوزة
واضح وما رواه من قوله الغنيمة لمن شهد الوقعة موقوف على عمر رضي الله عنه ومثله ليس بحجة عنده
لانه لا يرى تقليد الصحابي او تاويله ان يشهدها على قصد القتال الا يرى ان الكفار يشهدونها وليس
لهم شيء وان لم يكن للامام حمولة بفتح الحاء ما يحمل عليه من بعير او فرس او بغل او حمار قسمها قسمة ايداع
وكلامه واضح وقوله لانه ابتداء اجارة اى من كل وجه وهذا احتراز عن اجارة مستانفة في حالة البقاء فانه
يجبر على الاجارة بالاتفاق كما في مسئلة السفينة فان من استاجر سفينة شهرا فمضت المدة في وسط البحر
فانه ينعقد عليها اجارة اخرى باجر المثل بغير رضا المالك وقوله وصار كما اذا نفقت دابة يعني فكونه ابتداء
اجارة من كل وجه وقوله يجبرهم في رواية السير الكبير ظاهر ويكون الاجر من الغنايم يبدا به قبل الخمس لان
في هذا الاستيجار منفعة للغانمين فهو كالاستيجار لسوق الغنم والرمك وحق اصحاب الحمولة لا يمنع صحة الا
ستيجار لان شركة الملك هي التي تمنع صحة الاستيجار لا شركة الحق كما في مال بيت المال وقوله ولا يجوز بيع الغنايم
قبل القسمة واضح مما تقدم وقوله ولا ملك قبل الاحراز فيه نظر لانه يناقض قوله فيما تقدم اذ بكل منها يتم الملك في
الجواب انه ترك ذكر القسمة في دار الحرب وبيع الغنائم فيها ههنا اعتمادا على ذكره هناك او لان ذلك لعارض الحاجة
والاعتبار للامور الاصلية وقوله وقد بيناه اى في مسئلة قسمة الغنيمة في دار الحرب في قوله ولا باس بان
يعلف العسكر ... وابهم العلف في دار الحرب وقوله ولم يقيده بالحاجة يعني القدوري في مختصره وقد شرطها

بعني محمدا في رواية هي رواية السير الصغير ولم يشترطها في اخرى هي رواية السير الكبير و وجه كل منهما
ماذكره في الكتاب وهو واضح وقوله وعلف ظهره اى دابته ولفظ الظهر مستعار لما في كبرة الطعام في يعتبر
حقيقتها اى الحاجة في السلاح وقوله والدابة مثل السلاح يعني في اعتبار حقيقة الحاجة لكن اذا اعتبر
حاجة الركوب بها اذا اعتبر فيها الاكل فهي كالطعام ويستعملون الحطب وفي بعض النسخ الطيب قيل وليس
بصحيح لان القدورى قال في شرح مختصر الكرخي بعدم جواز الانتفاع بالطيب اما الحطب فلتعذر النقل
من دار الاسلام جاز استعماله كما في العلف واما الادهان بالدهن فالمراد به الدهن الماكول كالزيت لانه
لما كان ماكولا صرفه الى بدنه كصرفه الى اكله واذا لم يكن ماكولا لا ينتفع به بل يرده الى الغنيمة وقوله ويوقح
به الدابة التوقيح تصليب حافرها بالشحم المذاب اذا حفى من كثرة المشى ونقل عن المصنف بالراء من الترقيح
وهو الاصلاح قال هكذا قرانا على المشايخ قال صاحب المغرب وكلاهما خطأ لان الاول ههنا اولى واليق قلت
هذا التعليل ان كان منقولا عنه فهو مناقض لان ترك الاولى لا يسمى خطأ وقوله وتاويله الى آخره انما احتاج
المصنف الى هذا التاويل لانه اذا احتاج الغازى الى استعمال سلاح الغنيمة ليس صيانة سلاحه لا يجوز
وقوله وقد بيناه اشارة الى قوله بخلاف السلاح لانه يستصحبه الى آخره وقوله ولا يجوز ان يبيعوا اى لا يجوز
ان يبيعوا بالذهب والفضة ولا يتمولونه بالعروض وقوله على ما قدمناه يعني انه لا ملك قبل الاحراز وكلام
واضح وقوله يباح له الانتفاع في الفصلين اى في فصل السلاح وفصل الثياب والدواب **قال** ومن
اسلم منهم انما احتاج المصنف الى قوله معناه في دار الحرب ليقع الاحتراز به عن مستامن دخل دارنا
بامان فاسلم فيها ثم ظهر المسلمون على دار الحرب فان اولاده واموال له كلها فىء والفىء ما نيل من الكفار بعد
ما يضع الحرب اوزارها وتصير الدار دار الاسلام وقوله لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق لانه جزاء
الاستنكاف عن عبادة ربه فانه لما استنكف عن عبودية ربه جازاه الله بان صيره عبيد عبيده ولما كان
مسلما وقت الاستيلاء لم يوجد الاسترقاق وهو الاستنكاف فلا يوجد المشروط واحترز بذلك عن الاسترقاق
حالة البقاء فان الاسلام لا ينافيه لما يعرف وقوله واولاده الصغار وكل منصوبان بالعطف على احرز
وقوله في يد صحيحة احتراز عن يد الغاصب وقوله محترمة احتراز عن يد الحربي وقوله فيما اى كون
عقاره فيئا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف استحسن في العقار ان اجعله له لانه ملك محترم له كالمنقول
وهذا كما ترى مخالف لما في الكتاب باعتبار قول محمد لان كان عنه ايضا روايتان فقوله ان الخطب اذ ذاك وقوله
عندهما اى عند ابي حنيفة وابي يوسف لان اليد على البقاع انما تثبت حكما ودار الحرب ليست بدار الاحكام فلا
معتبر بيده فيما قبل ظهور المسلمين عليها وبعد الظهور يد الغانمين فيها اقوى من يده لغلبتهم وعند محمد يثبت
وزوجته فىء لانها كافرة لا يتبعه في الاسلام لان المسلم يتزوج الكتابية بقى كتابية ولم تصر مسلمة تبعا للزوج
اذ هو من باب الاعتقاد وكذا حملها فىء خلافا للشافعي في الحمل هو يقول انه اى الحمل مسلم بتبعيته والمسلم لا يسترق

الوزر السلاح و جمعها اوزار ح

قول ابي حنيفة وابي يوسف الآخر قال شمس الائمة السرخسي في المبسوط والجامع الصغير فما كان في يد مسلم المال فهو له الا العقار فانه فىء في
صح

كالولد المنفصل ولنا انه جزءها وهي قد صارت فيئا بجميع اجزائها الا يرى انه لا يجوز ان يستثنى
الجنين في اعتاق الام كما لا يستثنى ساير اجزائها فكما ان الحمل لا يصير عبدا عند اعتاق الام
مستثنيا بحال فكذا في حال الاسترقاق لا يصير الجنين مستثنى بعدما ثبت الرق في الام وقوله و
المسلم محل للتمليك جواب عن قوله انه مسلم تبعا وتقريره سلمنا انه مسلم تبعا لكن المسلم محل التملك تبعا
لغيره كما اذا تزوج المسلم امة الغير يكون الولد رقيقا بتبعية الام وان كان مسلما باسلام
ابيه وقوله بخلاف المنفصل جواب عن قوله كالمنفصل وهو ظاهر وكذلك قوله واولاده الكبار فىء ومن
قاتل من عبيده فىء لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعا لاهل الدار واهل الدار فىء و
من لم يقاتل فليس بفىء لانهم اتباعه وقوله اعترض بان ما قام مقام غيره فانما يعمل بوصف الاصل لا بوصف
نفسه كالتراب مع الماء في التيمم ولما كان الحربى مقام المودع المسلم كان الواجب ان يكون
يده كيد المسلم محترما نظرا الى نفسه لا غير محترم نظرا الى الحربى واجيب بان قيام يد المودع على
الوديعة حقيقي وقيام يد المالك عليها حكمي واعتبار الحكمي ان اوجب العصمة فاعتبار الحقيقي
منعها والعصمة لم يكن ثابتة لان المال في اصله على صفة الاباحة وعصمته تابعة لعصمة المالك
وانما تثبت التبعية ان لو ثبت يد المالك المعصوم له حقيقة وحكما او حكما مع الاحترام لانه بدون
الاحترام يعارضها جهة الاباحة الاصلية فلا يثبت بالشك وقوله وما كان غصبا في يد مسلم اختلف
نسخ الهداية في هذا الموضع فبعضها وقع هكذا وما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو فىء عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا لا يكون فيئا قال رضي الله عنه كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكروا
في شروح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع محمد وهو ليس بصحيح لانه ليس بمذكور في السير الكبير
بلفظ قالا بل ليس لابي يوسف فيه ذكر وبعضها وقع هكذا فهو فىء عند ابي حنيفة وقال محمد لا يكون
فيئا قال رضي الله عنه كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكروا في شروح الجامع الصغير قول ابي
يوسف مع قول محمد وهذا هو الصحيح المطابق لرواية السير الكبير وشرح الجامع الصغير لهما
ان المال تابع للنفس لكونه وقاية لها والنفس صارت معصومة بالاسلام فيتبعها ماله فيها
ولابي حنيفة انه اى المال الذي غصبه المسلم والذمي من الحربي الذي اسلم مال مباح لانه ليس بمعصوم
لعدم الاحراز حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر واما حكما فلانه ليس في يد نائبه لكونه في يد الغاصب
وهو ليس بنائب بخلاف المودع وكل مال مباح يملك بالاستيلاء بلا خلاف وقوله والنفس لم تصر معصومة
جواب عن قولهما وقد صارت معصومة باسلامه وتقريره لا نسلم انها صارت معصومة بالاسلام
الا يرى انها ليست متقومة حتى لا يجب القصاص والدية على قاتله في دار الحرب فان قيل لو لم يكن معصومة
لما كانت محرم التعرض كالحربي وليس كذلك اجاب بقوله لا انها محرم التعرض في الاصل يعني ان حرمة التعرض

وبعضها وقع هكذا وذكر قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة وهو ايضا ليس بصحيح لان المذكور في نسخ الجامع الصغير قول ابي يوسف مع قول محمد
صح صح

الاربعون ... ٤٥١

ليست لكونها معصومة وانما هي باعتبار ان النفس على الاطلاق محترم التعرض في الاصل لكونها مكلفا لتقوم بما كلفت به وابلحة التعرض انما هي بعارض شرعي وقد اندفع بالاسلام فعادت الى اصلها الا باعتبار انها معصومة بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان وكان محلا للتملك وكان المقتضى موجودا والمانع لان المانع كونه في يده حقيقة وحكما او حكما مع الاحترام وهذا ليس في يده لان يد الغاصب ليست بنائبة عن يد المالك فلم تثبت العصمة فيجعل كانه ليس في يد احد فكان فيئا وقوله واذا خرج المسلمون ظاهر وقوله معناه اذا لم تقسم يعني الغنيمة وقوله اعتبارا بالمتلصص فانه اذا دخل الواحد والاثنان في دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيئا فهم لهم تصدقوا به اي اذا جاؤا بما فضل من طعام او علف اخذوا من الغنيمة بعد قسمة الامام الغنيمة في دار الاسلام تصدقوا به ويقال رجل محوج اي محتاج وقوم محاويج وقوله لتعذر الرد على الغانمين يعني لتفرقهم وقوله فاخذ حكمه اي اخذت القيمة حكم الاصل وانما ذكر ضمير القيمة على تاويل المذكور يعني لو كان فاضل الغنيمة الذي كان معه قائما بعينه وهو فقير فقد حل له التناول منه وكذا يحل له التناول من قيمته لان القيمة تقوم مقام الاصل

فصل في كيفية القسمة

لما بين احكام الغنائم لابد من بيان كيفية قسمتها والقسمة عبارة عن جمع نصيب الشائع في مكان معين ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه استثنى الخمس اي اخرج استعار الاستثناء للاخراج لوجود معناه فيه ويقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فلان الله قال واعلموا انما غنمتم من شيء اضاف الغنيمة الى الغانمين وهم الغزاة ثم قال فان لله خمسه فكان بيانا ضرورة ان بقية الاخماس للغزاة وقد عرف ذلك في اصول الفقه واما السنة فلان النبي صلى الله عليه وسلم قسمها بين الغانمين ولان الاربعة الاخماس للغانمين بالاجماع فيقسم بينهم ايصالا للحق الى مستحقيه ثم كيفية القسمة ان يعطي الفارس سهمين والراجل سهما عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا وهو قول الشافعي للفارس ثلثة اسهم ورووا في ذلك ما ذكر في الكتاب والغناء بالفتح والمد الاجزاء والكفاية والكر الحملة والفر بمعنى الفرار والفر اذا كان لاجل ان يكون الكر اشد كان من الجهاد والفرار في غير محمود للاية يرتكب النهي المذكور في قوله تعالى ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة ولابي حنيفة ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما وهو ظاهر ولكن طريقه استدلاله مخالفة لقواعد الاصول فان الاصل ان الدليلين اذا تعارضا وتعذر التوفيق والترجيح يصار الى ما بعدهما لا الى ما قبلهما وهو قال فيعارض فعلاه فيرجع الى قوله وان سلك المعهود في مثله ان يستدل بقوله وبقول فعله لا يعارض قوله لكون القول اولى بالاتفاق وقوله واذ تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره اي سلمت عن المعارضة فيعمل بما يعني رواية ابن عباس رضي الله عنهما وقوله فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل لان نفس الفرار ليس بمحمود بل الفرار انما يحسن اذا فعل لاجل الكر فيكونان من جنس واحد ولانه اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته يعني قد يزيد الفارس على فارس آخر والراجل على راجل آخر في الغناء

ولا يخمس لانه ليس بغنيمة اذ الغنيمة هو المأخوذ قهرا باذن الامام بل هو مباح سبقت ايديهم اليه وقوله وهو الغنيمة

الوقوف على تلك الزيادة متعذر لانه يظهر عند المسابقة وكل منهم يسعى بروحه واذا كان متعذرا وله سبب ظاهر ادير الحكم عليه وللفارس سببان نفسه والفرس وللراجل سبب وهو نفسه فكان كمستخاف الفارس على ضعفه وقوله ولا يسهم الا لفرس واحد واضح وحاصل الدليلين وقوع التعارض بين روايتي فعله صلى الله عليه وسلم والرجوع الى ما بعدهما وهو القياس بقوله ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر وهو مجاوزة الدرب مفضيا الى زيادة الغناء بالقتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلثة افراس وقوله وما رواه محمول على التنفيل الى آخره استظهار في تقوية الدليل لان ما رواه لما سقط بالمعارضة لا يحتاج الى الجواب عنه اي تاويله والبراذين والعتاق سواء البراذين جمع برذون وهو فرس العجم والعتاق الكرام يقال عتاق الطير والخيل لكرائمها والعراب خلاف فرس العجم والهجين ما يكون ابوه من الكوادن وامه عربية والكودن البرذون ويشبه به البليد والمقرف عكس الهجين وانما تصدى بذكر التسوية بين البرذون والعتاق لان اهل الشام يقولون لا يسهم للبراذين وروو فيه حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شاذا وحجتنا ما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله الهجين عطفا بفتح العين وكسرها فمعنى الفتح الامالة والكسر الجانب ومن دخل دار الحرب هذا البيان وقت اقامة السبب مقام ما يوجب زيادة السهم وهو وقت مجاوزة الدرب عندنا وقوله اي كقول الشافعي وروى ابن المبارك عن ابي حنيفة في الفصل الثاني يعني ما اذا دخل دار الحرب راجلا ثم اشترى فرسا وقاتل فارسا وفي ظاهر الرواية لا يستحق سهم الفرسان والحاصل ان المعتبر عندنا في وقت اقامة السبب مقام ذلك حالة المجاوزة اي مجاوزة الدرب قال الخليل الدرب الباب الواسع على السكة وعلى كل مدخل من مداخل الروم درب من دروبها لكن المراد بالدرب ههنا هو البرزخ الحاجز بين الدارين دار الاسلام ودار الحرب حتى جاوزت الدرب ودخلت خيلهم في حد دار الحرب ولو جاوز اهل دار الحرب الدرب دخلوا في حد دار الاسلام وعنده حال انقضاء الحرب اي تمامها وهذه رواية عنه والظاهر من مذهبه انه يعتبر بمجرد شهود الوقعة ودليله يدل على ذلك وكان المصنف اشار بقوله حال انقضاء الحرب الى احدى الروايتين عنه وبالدليل الى الاخرى لان قوله فيعتبر حال الشخص عنده اي عند القتال اشار الى شهود الوقعة لا الى حال انقضائها وقوله والمجاوزة وسيلة يعني ههنا وقوله الخروج من البيت يعني للقتال فانه وسيلة الى السبب ولا معتبر به في اعتبار حال الغازي من كونه فارسا وراجلا وكذلك في هذه الوسيلة وقوله وتعليق الاحكام جواب عما يذكر في تعليلنا ان الوقوف على حقيقة القتال متعسر وبيانه ان الاحكام تعلقت بوجود القتال حقيقة كاعطاء الرضخ للصبي اذا قاتل وكذلك المراة والعبد والذمي ولو كان ذلك متعسرا لما ترتب عليه الاحكام ولئن سلمنا عسره ولكن يجب تعلق حكم كونه راجلا او فارسا بحالة هي اقرب الى القتال وهي شهود الوقعة لا مجاوزة الدرب ولنا ان المجاوزة نفسها قتال لان القتال اسم لفعل يقع به للعدو خوف وبمجاوزة الدرب قهرا وشوكة يحصل لهم الخوف فكان قتالا واذا وجد اصل القتال فارسا

هكذا

لم يتغير حكم بتغير احوالهم بعد ذلك لان ذلك حالة دوام القتال ولا معتبر بها لانه لا يمكنه تعليق الحكم بدوام
القتال لان الفارس لا يمكنه ان يقاتل فارسا دائما لانه لا بد له من ان ينزل في بعض المضايق خصوصا في المشجرة
او في الحصن وفي البحر قوله ولان الوقوف على حقيقة القتال واضح على ما ذكره قوله وبوهم عجزه يعني يحتمل
ان يعجز المكاتب عن اداء بدل الكتابة فيعود الى الرق وحينئذ كان للمولى ولاية المنع فيمنع في الحال لاجل
التوهم قوله لانها عاجزة عن حقيقة القتال ظاهر واعترض عليه بانها لو كانت عاجزة عنها لما صح امانها
لانه انما يصح ممن يخاف عليه القتال لقدرته على القتال واجيب بان الامان صحته لا يتوقف على قدرة القتال
بل يثبت بشبهة القتال لانه مما يثبت بالشبهات وهي ليست بعاجزة عن شبهة القتال بمالها وعبيدها واما السهم
من الغنيمة فانما يستحق بحقيقة القدرة على القتال وهي عاجزة عنها ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه
جهاد فلا يبلغ به سهم المجاهدين والاول ليس بعمله اي الدلالة ليست من عمل الجهاد فكانت عملا
كسائر الاعمال فيبلغ اجره بالغا ما بلغ **قال** واما الخمس فيقسم على ثلثة اخماس مما كان احكام اربعة الا
واما الخمس فيقسم على ثلثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابناء السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم اي
في الاصناف الثلثة ومعنى هذا الكلام ان ايتام ذوي القربى يدخلون في سهم اليتامى ويقدمون عليهم ومساكين
ذوي القربى يدخلون في سهم المساكين وابناء السبيل منهم يدخلون في ابناء السبيل وسبب الاستحقاق في هذه
الاصناف الثلثة الاحتياج غير ان سببه مختلف في نفسه من اليتم والمسكنة وكونه ابن السبيل ثم انهم
مصارف لا مستحقون حتى انه لو صرف الى صنف واحد منهم جاز عندنا كما في الصدقات ولا يدفع الى اغنيائهم
وقال الشافعي لهم خمس الخمس يستوي فيهم غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني
هاشم وبني المطلب دون غيرهم من بني عبد شمس وبني نوفل ولذوي القربى من غير فصل بين الغني والفقير
فيشتركان ولنا ان الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم قسموا الخمس على ثلثة على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة
ولم ينكر عليهم احد فكان اجماعا قوله وقد قال النبي عليه السلام دليل على انه لا يصرف الى اغنيائهم شيء لانه قال يا
بني هاشم ان الله كره لكم غسالة ايدي الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما يثبت في حق
من يثبت في حقه المعوض وهم الفقراء يعني ان المعوض وهو الزكوة لا يجوز دفعها الى الاغنياء فكذلك يجب
ان يكون عوض الزكوة هو خمس الغنائم لا يدفع اليهم لان العوض انما يثبت في حق من فات عنه المعوض والا لكان
عوضا لذلك المعوض فان قيل هذا الحديث اما ان يكون ثابتا صحيحا اولا فان كان الاول وجب ان يقسم على خمسة
اسهم وانتم تقسمونه على ثلثة اسهم وهو مخالفة منكم للحديث الثابت الصحيح وان كان الثاني لا يصح الاستدلال به
اجيب بان لهذا الحديث دلالتين احدهما اثبات العوض في المحل الذي فات عنه المعوض على ما ذكرنا والثانية
جعله على خمسة اسهم ولكن قام الدليل على انتفاء قسمة الخمس على خمسة اسهم وهو فعل الخلفاء الراشدين رضي الله
عنهم كما تقدم ولم يقم الدليل على تغيير العوض عمن فات عنه المعوض فقلنا به كما تمسك الخصم على تكرار الصلوة

على الجنازة بما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى على حمزة رضي الله عنه سبعين صلوة ونحن لا نقول بالصلوة
على الشهيد ولكن نقول للحديث دلالتان فاخذنا باحديهما وانتفت الاخرى فان قيل لو كان ما ذكرتم
صحيحا بجميع مقدماته لما اعطاهم النبي عليه السلام وقد ثبت انه عليه السلام اعطى بني هاشم وبني
المطلب اجاب بقوله والنبي عليه السلام انما اعطاهم للنصرة الا انه عليه السلام علل فقال انهم لن يزالوا معي
هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه وقصته ما روي عن جبير بن مطعم انه قال لما كان يوم
خيبر وضع رسول الله صلى الله سهم ذوي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد
شمس فانطلقت انا وعثمان بن عفان حتى اتينا رسول الله فقلنا يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم
لا ننكر فضلهم للموضع الذي وضعك الله به فيهم فما بال اخواننا بني المطلب اعطيتهم وتركتنا وقرابتنا
واحدة فقال عليه السلام انا وبنو المطلب لا نفترق في جاهلية ولا اسلام وانما نحن وهم شيء واحد
وشبك بين اصابعه واشار الى نصرتهم واذا كان كذلك دل ان المراد بالنص اعني قوله ولذي القربى
قرب النصرة لا قرب القرابة والمراد بالنصرة نصرة الاجتماع في الشعب لا نصرة القتال يشير اليه
قوله لا نفترق في جاهلية ولا اسلام ولهذا تصرف للنساء والذراري واذا ثبت ان النبي صلى الله
عليه وسلم اعطاهم للنصرة لا للقرابة وقد انتهت النصرة انتهى الاعطاء لان الحكم ينتهي بانتهاء علته
قال فاما ذكر الله تعالى في الخمس لما فرغ من بيان وجه سقوط سهم ذوي القربى بين وجه سقوط
ما سوى الثلثة المذكورة في النص فقال فاما ذكر الله في الخمس يعني قوله فان لله خمسه فانه لافتتاح الكلام
تبركا بذكره وسهم النبي عليه السلام سقط كما سقط الصفي لانه صلى الله عليه وسلم كان يستحقه برسالته
لان الحكم مترتب على المشتق فيكون المشتق منه علته ولا رسول بعده والصفي شيء كان يصطفيه لنفسه
عليه السلام مثل درع او سيف او جارية اصطفى ذا الفقار من غنائم بدر واصطفى صفية من غنائم
خيبر وقال الشافعي يصرف سهم الرسول الى الخليفة والحجة عليه ما قدمنا انه كان يستحقه برسالته
وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه بالنصرة لما روينا ان النبي صلى الله عليه وسلم
اعطاهم للنصرة لا يقال قوله وسهم ذوي القربى وقع مكررا حكما وتعليلا لانا نقول انما ذكره اولا كان
في حيز الاستدلال على القسمة على ثلثة اسهم وهذا نقل لكلام صاحب الغروري قال اي القدوري
وبعده اي بعد زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالفقر قال المصنف رحمه الله وهذا اي استحقاقهم بالفقر
قول الكرخي وقال الطحاوي رحمه الله سهم الفقير منهم ساقط ايضا لما روينا من الاجماع يعني قوله ولنا
ان الخلفاء الاربعة الراشدين رضي الله عنهم قسموه على ثلثة ولا يظن بهم انه خفي عليهم النص ومنعوا
ذوي القربى فكان اجماعهم دالا على انه لم يبق استحقاق لاغنيائهم وفقرائهم ومنع الشافعي الاستدلال
وسنده ما روي عن ابي جعفر محمد بن علي رضي الله عنه قال كان رأي علي رضي الله عنه في الخمس رأي اهل بيته

ولكن كره ان يخالف ابا بكر رضي الله عنهما والاجماع بدون اهل البيت لا ينعقد وقلنا لا يحل للمجتهد ان
يترك راي نفسه براي مجتهد آخر احتشاما له فان ثبت ما روي لانه كره المخالفة لانه راى الحجة معهما
هو خالفهما في كثير من المسائل حين ظهر الدليل عنده وقوله ولان فيه اي في سهم ذوي القربى معنى الصدقة
لان الهاشمي الذي يصرف اليه فقير اذ لو لم يكن فقيرا لا يجوز صرفه اليه بعد النبي عم باتفاق الروايات عن
اصحابنا فلما كان فيه معنى الصدقة حرم ذوو القربى اياه كما حرم الهاشمي العامل على الصدقة العمالة وهو
ما يعطى على العملة وقد مر في الزكوة وهذا الدليل ان كان بالنسبة الى اصحابنا فهو تام وان كان بالنسبة
الى الشافعي فليس كذلك لان كون المصرف فقيرا ليس الا في حيز النزاع عنده فانه يسوي بين الغني والفقير
وجه الاول يعني قول الكرخي وقيل هو الاصح ما روي ان عمر رضي الله عنه اعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد
على سقوط حق الاغنياء يعني اجماع الخلفاء الاربعة الراشدين كما مر اما فقراؤهم فيدخلون في الاصناف الثلثة
كما تقدم في اول البحث وكرر هذا لزيادة الايضاح وانما قال قيل وهو الاصح لان صاحب المبسوط اختار
قول ابي بكر الرازي ان الفقراء لم يكونوا مستحقين وانما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصرف اليهم مجازاة
على النصرة التي كانت منهم ولم يبق ذلك بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو مختار القدوري كما اشار اليه قوله
وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة وقوله واذا دخل الواحد والاثنان
ظاهر ووجه الرواية الاخرى ان العدد اليسير انما يدخلون لاكتساب المال لا لاعزاز الدين فصار كتاجر لا يقدر
على القهر والغلبة فان قلت قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء مطلق فيجب الخمس وجد الاذن او لم يوجد
اجيب بان الغنيمة اسم لما هو الماخوذ قهرا وغلبة وما اخذه اللص سرقة وما اخذه الواحد والاثنان
خلسة فلا يدخل تحت الغنيمة وقوله وان دخل جماعة منعة المنعة السرية نقل الناطفي عن كتاب الخراج لابي
شجاع كان ابو حنيفة يقول اذا دخل الرجل وحده فغنم ولا عسكر في ارض الكفر للمسلمين فيما اخذه حتى
تصير واتسعة فاذا بلغوا ذلك فهم سرية وقوله اذ لو خذلهم اي تركهم عونهم كان فيه وهن
المسلمين اي ضعفهم

فصل في التنفيل

التنفيل نوع من النصرة في الغنائم ففصل عما قبله بفصل
يقال نفل الامام الغازي اي اعطاه زائدا على سهمه بقوله من قتل قتيلا فله كذا قوله لا باس بان ينفل الامام يدل على
ان قول من قال كلمة لا باس تستعمل فيما يكون تركه اولى ليس يجري على عمومه فان التنفيل قبل احراز الغنيمة مستحب
لانه تحريض والتحريض مندوب اليه بقوله تعالى يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال فان قيل الامر المطلق للوجوب
فما الصارف عنه الى الاستحباب فالجواب انه عارضه دليل قسمة الغنائم فانصرف الى الاستحباب وقوله من قتل
قتيلا تسمية الشيء باسم ما يؤول اليه وقوله ثم قد يكون التنفيل بما ذكر يعني التنفيل بالسلب وقد يكون بغيره نحو الذهب
والفضة لان النبي عليه السلام نفل ابن مسعود يوم بدر سيف ابي جهل وكان عليه فضة ولا ينبغي للامام ان
ينفل بكل الماخوذ لان فيه ابطال حق الكل وان فعله مع السرية جاز لما ذكر في الكتاب وذكر في السير الكبير اذا

وقوله والمشهور انه يخمس ظاهر

قال الامام للعسكر جميعا ما اصبتم فهو لكم نفلا بالسوية بعد الخمس لا يجوز لان المقصود من التنفيل
التحريض على القتال وانما يحصل ذلك اذا خص البعض بالتنفيل وكذلك اذا قال ما اصبتم فهو لكم ولم
يقل بعد الخمس لان فيه ابطال الخمس الذي وجبه الله تعالى في الغنيمة وابطال حق ضعفاء المسلمين وذلك
لا يجوز وقوله لانه لا حق للغانمين في الخمس فيه نظر فانه ان لم يكن فيه ابطال حق الغانمين ففيه ابطال
حق الاصناف الثلثة وذلك لا يجوز واجيب بان جوازه باعتبار ان المنفل له جعل واحدا من
الاصناف الثلثة فلم يكن ثمة ابطال حقهم اذ يجوز صرف الخمس الى احد الاصناف لما تقدم انهم مصارف
لا مستحقون لكن ينبغي ان يكون المنفل له فقيرا لان الخمس حق المحتاجين لا حق الاغنياء فجعله للغني ابطال
حق المحتاجين وقوله وقال الشافعي ظاهر وقوله وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فيرد
هو الظاهر لان مثل ذلك انما يكون نصب الشرع اذا قال بالمدينة في مسجده ولم ينقل عنه ذلك الا يوم بدر و
حنين للحاجة الى التحريض وكما قال ذلك يوم بدر فقد قال من اخذ اسيرا فهو له ثم كان ذلك منه على
وجه التنفيل فكذلك في السلب فيحمل على الثاني الذي بمعنى التنفيل لما روينا من حديث حبيب ابن ابي سلمة
دفعا للتعارض وقوله وزيادة الغنا جواب عن قوله لان القاتل مقبلا اكثر غناء وقوله لما ذكرنا من
قبل اشارة الى ما تقدم من قوله ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة او من قوله لان الكر والفر من جنس واحد
في فصل كيفية القسمة وقوله لما مر اشارة الى ما ذكر في الغنائم وقسمتها بقوله ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة
الحقيقة والناقلة فلما لم يثبت الاحراز بدار الاسلام لم يثبت الناقلة فلا يثبت الاستيلاء ولما لم يثبت الاستيلاء
لم يثبت الملك وقوله لان التنفيل يثبت به الملك عنده دليله ان المدد لا يشاركونه فيه كما يثبت بالقسمة في دار
الحرب وهو ليس يتفق عليه لان من اصحابنا من يقول قسمة الامام لا يعدم المانع من تمام القهر وهو كونهم
مقهورين دارا او كانه لم يعتبر ذلك الاختلاف لعدم شهرته وقوله وجوب الضمان مرفوع على الابتداء
وقوله قد قيل على هذا الاختلاف خبره وفي بعض النسخ وقد قيل بالواو فيكون معطوفا على قوله الملك
اي يثبت الملك ووجوب الضمان للمنفل له على من اتلف من الغزاة سلبه الذي اصابه والاول اولى وانما ذكره
دفعا لشبهة ترد على قول ابي حنيفة وابي يوسف وبيان ذلك ان محمدا رحمه الله ذكر في الزيادات ان المتلف
بسلب نفله الامام يضمن لان الحق متاكد ولم يذكر فيه الخلاف فورد الضمان شبهة عليهما لان الضمان دليل
تمام الملك فينبغي ان يحل الوطي على مذهبهما ايضا بعد الاستبراء فقال في دفع ذلك انه ايضا على الاختلاف عند محمد
يضمن وعندهما لا يضمن والله اعلم

باب استيلاء الكفار

لما فرغ من بيان استيلائنا على الكفار عقبه
بذكر عكسه لاشتماله على احكام مختلفة فكان خليقا بتبويب باب له وافتتح بذكر استيلاء الكفار بعضهم على بعض
كراهة ان يفتتح بذكر غلبة الكفار على المسلمين والترك جمع التركي والروم جمع الرومي اي الرجل المنسوب الى
بلادهم والمراد به كفار الترك ونصارى الروم وكلامه واضح وقوله جل الناها نجده من ذلك اي مما اخذه الترك

قال الامام

من اهل الروم لان المأخوذ صار ملكا للترك كسائر اموالهم قوله لان الاستيلاء محظور ابتداء اى في دار الاسلام
وانتهاء اى في دار الحرب بعد الاحراز قوله على ما عرف من قاعدة الخصم ان المحظور ولو بوجه لا ينتهض
سببا للملك كما في البيع الفاسد واما المحظور من كل وجه بان يكون محظورا باصله ووصفه كما في البيع الباطل
بالميتة او الدم فانه لا يوجب الحكم بالاتفاق قوله لنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح وورود الاستيلاء على مال
مباح ينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على اموالهم قوله وهذا اشارة الى ان الاستيلاء
اذا ورد على مال مباح قوله وبيانه ان العصمة في المال لكل من يثبت له من المسلم والكافر انما يثبت على منافاة الدليل
فان الدليل وهو قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا تقتضي ان لا يكون مال ما معصوما للشخص وانما يثبت
العصمة لضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا زالت المكنة بالاستيلاء عاد مباحا كما كان غير ان الاستيلاء
لا يتحقق الا بالاحراز بالدار لانه اى لان الاستيلاء عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومآلا والكفار ما داموا
في دار الاسلام فهم قدروا على المحل حالا وانا نقدرون عليه مآلا بالاحراز لانهم ما داموا في ديارنا مقهورون
بالدار والاسترداد بالنص محتمل قوله والمحظور لغيره جواب عن قول الخصم ان الاستيلاء محظور وتقريره سلمنا
انه محظور لغيره مباح في نفسه على ما ذكرنا والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك كالصلوة
في الارض المغصوبة فانها تصلح سببا لاستحقاق اعلى النعم وهو الثواب في الآخرة فلأن يصلح سببا للملك في الدنيا
اولى فان قيل لو ثبت الملك للكافر بالاستيلاء على مال المسلم لما ثبت ولاية الاسترداد للمالك القديم من الغازي الذي
وقع في قسمته ومن الذي اشتراه من اهل الحرب بدون رضا الغازي اجيب بان بقاء حق الاسترداد لحق المالك القديم
لا يدل على قيام الملك له لما ترى ان للواهب الرجوع في الهبة والاعادة الى قديم ملكه بدون رضا الموهوب له
مع زوال ملك الواهب في الحال وكذا الشفيع ياخذ الدار من المشتري بحق الشفعة بدون رضا المشتري مع
ثبوت الملك له قوله فان ظهر عليها المسلمون واضح قوله لانه ثبت له ملك خاص فلا يزال الا بالقيمة قيل عليه
بان الملك ثبت للموهوب له مجانا فلا يتضرر بالاخذ منه مجانا بخلاف ما ثبت لاحد الغزاة بالقسمة لانه الحق
انما تعين له بازاء ما انقطع من حقه عما في ايدي الباقين واجيب بان الملك ههنا ايضا ثبت بالعوض معنى لان المكافأة
مقصودة في الهبة وان لم يكن مشروطة فجعل ذلك معتبرا في اثبات حقه في القيمة قوله ولو كان مغنوما يعني
لو كان ما اخذه الكفار من المسلمين مغنوما اى مأخوذا بالقهر والغلبة وهو مثلي كالذهب والفضة والحنطة و
الشعير ياخذه قبل القسمة ولا ياخذ بعدها لان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذلك اذا كان موهوبا لا ياخذ لما بينا
ان الاخذ بالمثل غير مفيد قوله وكذا اذا كان مشتري بمثله قدرا ووصفا يعني اذا كان ما اخذه الكفار من المسلمين مثليا
فاشتراه منه مسلم بمثله قدرا ووصفا ثم جاء صاحبه القديم ليس له ان ياخذه منه لانه غير مفيد وانما قيد بقوله
قدرا ووصفا احترازا عما لو اشتراه المسلم باقل قدرا منه او بجنس آخر او بجنسه ولكنه اردى منه وصفا فان
له ان ياخذه بمثل ما اعطاه المشتري ولا يكون ذلك ربوا لانه انما فدى ليستخلص ملكه ويعيده الى قديم ملكه لا انه

بنفسه

يشتريه ابتداء قال فان اسروا عبدا اى اذا اخذ الكفار عبدا واحرزوه بدار الحرب فاشتراه رجل و
اخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه واخذ ارشها فان المولى ياخذه بالثمن الذي اخذه به من العدو
اما الاخذ بالثمن فلما قلنا ان المشتري يتضرر بالاخذ مجانا واما لا ياخذ الارش لان الملك فيه صحيح فكان الا
حاصلا في ملكه وليس فيه الاعادة الى قديم الملك حتى يكون المولى احق به كالرقبة ومع هذا لو اخذ العبد فانما ياخذ
بمثله لان الارش دراهم او دنانير وهو لا يفيد قوله لان الملك فيه صحيح احتراز عن المشتري شراء فاسدا فان
الاوصاف هناك مضمونة ولا يحط شيء من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن واستشكل هذا التعليل
ههنا لان الاوصاف انما لا يقابلها شيء من الثمن اذا لم تصر بالتناول مقصودا الا يرى انه لو اشترى عبدا ففقئت
عينه واخذ الارش ثم قصد بيعه مرابحة فانه يحط من الثمن ما يخص العين لانها صارت مقصودة
بالتناول بخلاف ما اذا اعورت واجاب بعضهم بانه انما يحط في المرابحة للشبهة لانه صار كانه اشترى شيئين
بالثمن باع احدهما بذلك الثمن فانه لا يجوز بيع الآخر مرابحة لما ان الشبهة ملحقة بالحقيقة في باب المرابحة
تحرزا عن شبهة الخيانة ولا كذلك ههنا لانه لا اعتبار للشبهة فيه بخلاف الشفعة فان الاوصاف يقابلها
شيء من الثمن فيها حتى لو هلك المشتري من الدار شيئا سقط حصته من الثمن لان المشتري في الذي وجبت
الشفعة فيه بمنزلة المشتري شراء فاسدا من حيث ان كل واحد منهما واجب الرد والاوصاف تضمن في المشتري
شراء فاسدا كما في الغصب فان من غصب جارية فذهبت احدى عينيها ضمن نصف قيمتها فان قيل شراء التاجر
ههنا بمنزلة المشتري شراء فاسدا في المعنى المذكور وهو وجوب الرد اجيب بان الحاق مسئلة الشفعة
بالمشتري شراء فاسدا من حيث وجوب الرد الى الشفيع ومن حيث وجوب عرض البائع الدار على الجار اولا قبل
البيع ان رغب عنها الجار فاذا لم يفعل ذلك صار ذلك مكروها وصار كتمكن الفساد في العقد ولا كذلك بيع الكافر
من التاجر فانه لا يجب عليه العرض على المالك قيل في مسئلة الشفعة ايضا اذا كان هلاك بعض المشتري بآفة سماوية
لا يقابل الاوصاف شيء من الثمن فلم يكن مخالفة لمسئلة التاجر واجيب بانها مخالفة في صورة العمد فان التاجر اذا
فقأ عين الجارية لا يلزمه حط شيء من الثمن بخلاف ما اذا استهلك المشتري بعض الاشجار في الشفعة فانه
يحط حصته من الثمن قوله وان اسروا عبدا صورته ظاهرة واعترض على قوله وللمشتري الاول ان ياخذه من
الثاني بالثمن بانا لو اثبتنا حق الاخذ للذي اشتراه من العدو اولا تضرر المالك لانه حينئذ ياخذ بالثمنين واجيب
بان رعاية حق من اشتراه من العدو اولا اولى لان حقه يعود في الالف التي نقدها بلا عوض يقابلها والمالك القديم
يلحقه الضرر ولكن بعوض يقابله وهو العبد فكان ما قلناه اولى قوله وكذا من سواه اى من سوى الحر قوله
بخلاف رقابهم اى رقاب احرار الكفار ومدبريهم وامهات اولادهم قوله ولا جنايته من هؤلاء اى من مدبرينا
وامهات اولادنا ومكاتبينا واحرارنا فلا يملكهم الكفار وان استولوا عليهم واذا لم يملكهم الكفار لم يملكهم
الغزاة ايضا حتى لو كان اخذهم اهل الحرب من دار الاسلام ثم ظهر عليهم فهم لملاكهم قبل القسمة وبعدها بغير شيء

قال واذا ابق عبد لمسلم فدخل اليهم اذا ابق عبد لمسلم قالوا قيد بمسلم اتفاقي لان عبد الذمي كذلك فدخل
اليهم فاخذوه لم يملكوه عند ابي حنيفة وقالا يملكونه لان العصمة لحق المالك وهو ظاهر وقوله لان سقوط
اعتباره اي اعتبار يد العبد ليتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت
يده على نفسه لانه حين دخل دار الحرب فقد زالت يد المولى عنه لان المولى من يخلفه لان يد المولى عبارة عن
القدرة على التصرف في المحل كيف يشاء ولم يبق ذلك لا محالة فيصير في يد نفسه وهي يد محترمة تمنع
الاحراز فيمتنع الملك لانه لا ملك بدون الاحراز فان قيل لا نسلم انها زالت الى من يخلفه فان يد الكفرة
قد خلفت يد المولى لان دار الحرب في ايديهم اجيب بان يد الدارين حكما لا تكون في يد احد وعند ذلك
يظهر يد العبد على نفسه ولان يد الدار يد حكمية ويد العبد يد حقيقية فلا تندفع بيد الدار الية اشار
فخر الاسلام رحمه الله وفيه نظر لان حصول اليد الحقيقية للعبد في حيز النزاع والجواب ان اليد كما
ذكرنا عبارة عن القدرة على التصرف في المحل كيف يشاء وحين دخول العبد في دار الحرب يحصل له
ذلك قبل استيلاء الكفرة عليه فان قيل لو حصل له يد حقيقة لعتق وليس كذلك اجيب بمنع الملازمة
لان ظهور يده على نفسه لا يستلزم زوال ملك المولى فانه لما ظهرت يده على نفسه صار
غاصبا ملك المولى وجاز ان توجد اليد بلا ملك كما في المغصوب والمشتري قبل القبض فان الملك للمولى
واليد لغيره وقوله بخلاف المتردد يعني في دار الاسلام لان يد المولى باقية عليه حكما لقيام يد اهل
الدار فيمنع ظهور يده وكذا لو وهبه لابنه الصغير كان قابضا له فبقاء اليد حكما يمنع ثبوت اليد له
فان استولوا عليه المشركون ملكوه واذا لم يثبت الملك لهم عند ابي حنيفة يأخذه المالك القديم بغير شيء اذا
كان موهوبا او مشترى اما اذا كان موهوبا فظاهر لانه اخذه بغير عوض فلا يتضرر بالاخذ واما
المشتري فلان المشتري قد ملكه بغير امره وكان متبرعا حتى لو امره بذلك رجع عليه المشتري بالثمن
وان كان مغنوما فكذلك اذا كان قبل القسمة واما اذا كان بعدها فيؤدي عوضه من بيت المال لانه نصيب
من استحق فله ان يرجع على شركائه في الغنيمة وقد تعذر ذلك لتفرقهم وتعذر اجتماعهم فيعوض من
بيت المال لانه من نوائب المسلمين ومال بيت المال معد لذلك وقوله وليس له اي للغازي او للتاجر جعل
الآبق لانه عامل لنفسه اذ في زعمه انه ملكه والجعل انما يجب اذا اخذه الآخذ على قصد الرد الى مالكه وقوله
فان ند اليهم بعير ظاهر وكذلك قوله فان ابق عبد اليهم وذهب معه بفرس ومتاع واعترض بان على
قول ابي حنيفة ينبغي ان يأخذ المالك المتاع ايضا بغير شيء لانه لما ظهرت يد العبد على نفسه ظهرت على المال
ايضا لانقطاع يد المولى عن المال لانه في دار الحرب ويد العبد اسبق من يد الكفار عليه فلا يصير ملكا لهم
واجيب بان يد العبد ظهرت على نفسه مع المنافي وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فجعلناها ظاهرة
في حق نفسه غير ظاهرة في حق المال واذا دخل الحربي دارنا بامان واشترى عبدا مسلما او ذميا او لم
كان معه من العبيد اجبر على بيعه من المسلمين كالذمي يسلم عبده فان قيل الذمي ملتزم احكام
الاسلام فجاز اجباره على بيع عبده الذي اسلم والحربي ليس كذلك اجيب بان الامان ينافي بقاءهم
في ملكه لان فيه استذلالا للمسلم واعطاء الامان على ترك ذلك وكان بالامان ملتزما بترك اذلال
المسلمين فيلزمه وقوله ووجههما ظاهر ووجه ابي حنيفة ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب
معناه ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب على الامام فان كان في دار الاسلام فبالجبر على البيع
للمسلمين دون الاعتاق لان مال المستأمن معصوم ما دام في دار الاسلام بمقتضى الامان
فاذا دخله في دار الحرب زالت عصمة ماله فلو كان للامام ولاية عليه وجب عليه اجباره على
العتق لانه لا عصمة لماله فاذا لم يكن له ولاية نقيم شرط زوال عصمة المال وهو تباين الدارين مقام
علة الازالة وهي الاعتاق لان الشرط قد يقام مقام العلة اذا لم يمكن اضافة الحكم اليها كحفر البير
على قارعة الطريق فان قيل اقامة الشرط هنا مقام العلة يستلزم جعل المثبت للشيء مزيلا له و
هو باطل وذلك لانهم اذا استولوا على عبد مسلم بالاحراز بدارهم ملكوه فكان تباين الدارين
علة لثبوت الملك فيه وههنا جعلتموه مزيلا له وفيه ايضا نقض لقاعدة مطردة هي ان البقاء اسهل
من الابتداء فان هذا يفيد ابتداء الملك دون بقائه فالجواب ان تباين الدارين مثبت للملك ان لم يكن
ثابتا والملك فيما نحن فيه ثابت بالشراء دون التباين فجعل مزيلا في محل خاص تخليصا للمسلم عن
ذل الكافر على ان ما جعلناه مزيلا وانما جعلناه قائما مقام المزيل لغرض صحيح فلم يكن الشيء الواحد
مزيلا غير مزيل وهو الممتنع وبقاء الشيء اسهل من الابتداء اذا لم يعترض لبقائه ما يزيل سهولته
وههنا بقاء المسلم في يد الكافر صعب يزيل سهولته وقوله كما يقام مضي ثلث حيض شرط البينونة في مقام
الشرط مقام العلة فان انقضاء ثلث حيض شرط البينونة في الطلاق الرجعي اقيم مقام علة البينونة
وهي عرض القاضي الاسلام وتفريقه بعد الاباء لعجز القاضي عن حقيقة العلة فيما اذا اسلم احد الزوجين
بدار الحرب وقوله اذا اسلم عبد لحربي ظاهر وقوله لما روي ان عبيدا من عبيد الطائف اسلموا
روي ان النبي صلى الله عليه وسلم لما حاصر الطائف قال ايما عبد خرج فهو حر فخرج ستة اعبد او
سبعة منها فلما فتحت جاء مواليهم وتكلموا فيهم فقال النبي عم هم عتقاء الله وقوله ولانه احرز
متصل بقوله ثم خرج الينا وقوله او بالالتحاق متصل بقوله او ظهر على الدار وقيل بقوله مراغما اي
مغاضبا ومعاندا لانه اذا خرج طائعا لمولاه يباع فيرد ثمنه للحربي لانه لم يخرج على سبيل التغلب
فصار كمال الحربي الذي دخل به مستأمنا الى دارنا

باب المستأمن

لما فرغ من بيان الاستيلاء الذي هو عبارة عن الاقتدار على المحل قهرا وغلبة شرع في بيان الا
ستيمان لان طلب الامان انما يكون حيث يكون فيه قهر وغلبة وقدم استيمان المسلم تعظيما له

وكلامه ظاهر وقوله والغدر حرام دليله قوله عم لاصحاب السرايا ولا تغدروا وقوله بخلاف الاسير يعني ان الغدر
ليس بحرام عليه فان الاسرا اذا تمكنوا من قتل قوم اهل الحرب غيلة واخذ اموالهم وفعلوا ذلك واخرجها
الى دار الاسلام ولا منعة لهم فكل من اخذ شيئا فهو له خاصة فيباح لهم التعرض وان اطلقوا طوعا لانه
لم يستامن من بحاغادرا باخذ اموالهم وقوله ملكه ملكا محظورا اي خبيثا حتى لو كانت جارية كره
للمشتري ان يطاها لانه قام مقام البايع ووطيها للبايع كان مكروها فكذا للمشتري وقوله وهذا اشارة
الى قوله ملكه ملكا محظورا يعني ان مال الحرب مباح في نفسه والحظر لمعنى في غيره وهو الامان فلا يمنع انعقاد
سبب الملك وهو الاستيلا على ما بينا يعني في اوايل باب استيلا الكفار بقوله المحظور لغيره اذا صلح
سببا لكرامة تفوق الاخره فاذا دخل المسلمون دار الحرب بامان فادانه حربي اي باع بالدين
فان الادانة تبيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين وقوله ولا ولاية وقت الادانة اصلا اي
لا على المسلم ولا على الحربي ولا وقت القضاء على المستامن وهو ظاهر واذا لم يقض على الحربي لم يقض على
المسلم ايضا تحقيقا للتسوية بينهما وقوله واما الغصب فلانه صار ملكا للذي غصبه اي سواء كان الغاصب
كافرا في دار الحرب او مسلما مستامنا فيها لان مال كل واحد منهما كان مباحا وقت الغصب الا ان الغاصب
ان كان هو المسلم يفتي بردا المغصوب على المالك ولا يقضي عليه لانه لما دخل دارهم بامان التزم ان لا يغدر بهم و
في اخذ الاموال على هذا الوجه غدر وقوله على ما بينا يعني فيما تقدم اما غصب الكافر فقد ذكر في مسئلة الاستيلاء
لقوله ان الاستيلاء ورد على مال مباح واما غصب المسلم فقد ذكره فيما اذا دخل الواحد والاثنان مغيرين بغير
اذن الامام فاخذوا شيئا فانهم تملكونه وقوله لما قلنا اشارة الى قوله من قبل ان القضا يعتمد الولاية الى
آخره وقوله ولو خرجا مسلمين ظاهر وقوله فغصب حربيا اي غصب شيئا من حربي فليس هذا بمخصوص في خروج جما
مسلمين بل لو خرج المسلم الغاصب والحربي مستامنا فالحكم كذلك وقوله فعلى القاتل الدية في ماله يعني
في العمد والخطا هكذا ذكر من غير خلاف في عامة النسخ وذكر الامام القاضي خان ان هذا الحكم قول ابي حنيفة
رحمه الله ثم قال وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله عليه القصاص في العمد لانه قتل شخصا معصوما ليس من
اهل دار الحرب فيجب بقتله ما يجب في دار الاسلام ولابي حنيفة ان تكثير سوادهم من كل وجه بتوطنه فيهم كان
يسقط العصمة فتكثيره من وجه يورث الشبهة فيسقط القصاص وقوله اما الكفارة فلاطلاق الكتاب يعني
قوله فتحرير رقبة مؤمنة واما الدية فلان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان
لانه لما كان على قصد الرجوع كان كانه في دار الاسلام تقديرا حتى ان المستامن منهم لما كان على قصد الرجوع
كان كانه في دار الحرب حتى لا يقتل الذمي به وكان القياس وجوب القصاص الا انه لم يجب لما ذكر في الكتاب وهو
واضح وقوله لما بينا اشارة الى ان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا يبطل بعارض الدخول بالامان وقوله
لما قلنا اشارة الى قوله لان العواقل لا يعقل العمد وقوله ولابي حنيفة انه بالاسر صار تبعا لهم يعني واهل الحرب

اصول

١٨٣

اصول والاصول غير معصومين فكذلك الاتباع وقوله ولهذا توضيح للتبعية وقوله فيبطل به الاحراز اصلا
اي يبطل الاحراز بالعصمة المقومة بالكلية وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا بجامع تبعية اهل الدار
بالتوطن فلم يجب الدية لانها مبنية على تلك العصمة بخلاف الكفارة فانها تجب بالعصمة المؤثمة وهي بالاسلام

فصل هذه المسايل عما قبلها لاختلاف احكامها وكلامه ظاهر والعين هو الجاسوس
والعون الظهير على الامر والجمع الاعوان والميرة الطعام يمتاره الانسان من مار غيره والجلب والجلاب الاجلاب
الذين يجلبون الابل والغنم للبيع وقوله بعد تقدم الامام تقدم اليه الامير بكذا او في كذا اذا امره به وقوله
وللامام ان يوقت في ذلك ما دون السنة يعني ان تقدير الحول ليس بلازم بل لو قدر الامام اقل من ذلك على حسب
ما يراه جاز ولكن ان لم يقدر له مدة فالمعتبر هو الحول فاذا اقام بعد ذلك في ديارنا يصير ذميا قال الامام
قاضي خان فاذا امضت سنة بعد مضي المدة المضروبة كان عليه الخراج لانه انما يصير ذميا بمجاوزة المدة
المضروبة فيعتبر الحول بعد ما صار ذميا الا ان يكون شرط عليه انه اذا جاوز السنة ياخذ الخراج فحينئذ
ياخذ منه وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لانه لما اقام سنة بعد تقدم الامام صار ملتزما الجزية وقوله فاذا
وضع عليه الخراج فهو ذمي قال في النهاية وكذلك لو لزمه عشر في قياس قول محمد بان اشترى ارضا عشرية لانهما
جميعا من مؤن الارض لان خراج الارض بمنزلة خراج الراس اذ كل واحد منهما من احكام دارنا فلما رضي
بوجوب الخراج عليه رضي ان يكون من اهل دارنا وقوله فيعتبر المدة من وقت وجوبه اي وجوب الخراج
وقوله في الكتاب اي في الجامع الصغير فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي نص من محمد رحمه الله بشرط الوضع
اي بان وضع الخراج عليه شرط في جعله ذميا والمراد من وضع الخراج التزام خراج ارض باشرة سببه وهو
الزراعة او تعطيلها عنها مع التمكن ودلت المسئلة على انه لا يصير ذميا بمجرد الشراء ومن المشايخ من
قال يصير ذميا بنفس الشراء لانه لما اشترى ارض خراج وحكم الشرع فيها بوجوب الخراج صار ملتزما حكما
من احكام الاسلام كذا ذكره قاضي خان وليس بصحيح لما اشار اليه المصنف من قوله لانه قد يشتري للتجارة
وقوله فيتخرج عليه اي على ان الوضع شرط احكام جمة فلا تغفل عنه اي عن شرط الوضع وهي المنع من الخروج الى دار
الحرب وجريان القصاص بينه وبين المسلم ووجوب الضمان في اتلاف خمره وخنزيره ووجوب الدية بقتله خطاء
وهذه الاحكام انما يثبت بعد كونه ذميا لا قبله وبوضع الخراج يصير ذميا فلذلك يجب ان لا يغفل عن شرط
الوضع وقوله واذا دخلت حربية بامان ظاهر وكذلك عكسه وكذلك قوله وان حربيا دخل ذكرنا بامان
فلان قوله لان يد المودع كيده منقوض بما اذا اسلم الحربي في دار الاسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب
ثم ظهر على الدار فانها يكون فيئا فلم يكن يد المودع كيد المودع واجيب بان يد المودع كيد المودع اذا اتفقا
عصمة وقت الايداع وفي صورة النقض ليس كذلك لان دار الحرب ليست دار عصمة قال وما اوجف المسلمون
بنا اوجف الفرس والبعير عدا وجيفا واوجفه صاحبه ايجافا وقوله وما اوجف المسلمون عليه اي اعلوا خيلهم

وركابهم وقوله والجلاء بالفتح والمد الخروج عن الوطن او الاخراج يقال جلا السلطان القوم عن اوطانهم واجلاهم
فجلوا اى خرجهم فخرجوا كلاهما يتعدى ولا يتعدى وقوله والجزية بالجر عطف على قوله الاراضى وهو مثل
الاراضى التى جلوا اهلها ومثل الجزية وقوله وقال الشافعى فيهما اى فى الاراضى التى اجلوا اهلها عنها وفى الجزية
وفى بعض النسخ فيما اى فى الاراضى والجزية والخراج وقوله ولانه اى ولان ما اوجف المسلمون عليه من المال وقوله
من غير قتال يعنى بل بوقوع الرعب فى قلوب الكفار من قوة المسلمين بخلاف الغنيمة لانه اى الغنيمة يتناول
المقوم مملوك بسببين وهو مباشرة الغانمين وقوة المسلمين فاستحق الخمس لمعنى وهو الرعب واستحق الغانمون
الباقى لمعنى وهو مباشرة الغانمين القتال وفى هذا اى فيما اوجف المسلمون السبب واحد وهو ما ذكرناه يعنى قوله
انه مال ماخوذ بقوة المسلمين فلا معنى لايجاب الخمس وقوله لما قلنا من قبل اى فى باب الغنائم وقسمتها وهو
قوله وزوجته فى لانها كافرة حربية الى اخره وقوله واما اولاده الصغار ظاهر وقوله وما كان منها
اودعه مسلما او ذميا انما قيد بالايداع لانه اذا كان غصبا فى ايديهما يكون فيا لعدم النيابة وقوله فلما قلنا
اشارة الى قوله حربيون كبار وليسوا باتباع واذا اسلم الحربى فى دار الحرب فقتله مسلم عمدا وخطا
وله ورثة مسلمون هناك فلا شىء الا الكفارة فى الخطا وقال الشافعى رحمه الله يجب الدية فى الخطا والقصاص
فى العمد لانه اراق دما معصوما لوجود العاصم وهو الاسلام لكونه مستحقا للكرامة وتحقيقه ان العصمة نوعان
نعمة وكرامة فتعلق بها الاثر فى استحقاق وهو الاسلام اذ به يحصل السعادة الابدية لا بالدار التى هى جماد الكرامة
لا اثر لها فى استحقاق الكرامة ومن اراق دما معصوما ان كان خطأ ففيه الدية والكفارة وان كان عمدا
ففيه القصاص كما لو فعل ذلك فى دار الاسلام وهذا اى وجوب الدية فى الخطاء والقصاص فى العمد انما كان مبنيا
على وجود العاصم الذى هو الاسلام لان العصمة اصلها المؤثمة لحصول اصل الزجر بها فان من علم انه يأثم بقتل
ينزجر عنه نظرا الى الجبلة السليمة عن الميل عن الاعتدال وهى ثابتة فيما نحن فيه اجماعا فانه لا قائل بعدم الاثم
على من قتل فى موضع كان والعصمة المقومة كمال فيه اى فى اصل العصمة لانه اذا وجب الاثم والمال كان ذلك اى ح
اكمل والاثم فى المنع من الذى وجب فيه الاثم دون المال وكانت العصمة المقومة وصفا زائدا على العصمة التى هى
المؤثمة فيتعلق بما يتعلق به الاصل وهو العصمة المؤثمة والعصمة المؤثمة تعلقت بالاسلام فالعصمة المقومة
كذلك فيجب الدية والكفارة فى قتل الحربى الذى اسلم فى دار الحرب ولم يهاجر الينا ولنا قوله تعالى فان كان من قوم
عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول هذه الاية بالذين اسلموا فى دار
الحرب ولم يهاجروا وهو المنقول عن بعض ائمة التفسير ايضا ووجه الاستدلال بالاية ان الله تعالى ميز بين المؤمن المطلق
وبين المؤمن الذى هو من قوم عدو لنا فى حق الحكم المختص بالقتل فجعل الحكم فى الاول الدية والكفارة لقوله تعالى فتحرير
رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهلها وفى الثانى الكفارة دون الدية وذلك من وجهين احدهما انه ذكر بحرف الفاء
فانه للجزاء والجزاء اسم لما يكون كافيا فاذا كان كافيا كان كل الموجب ضرورة والثانى انه كل المذكور حينئذ

يذكر غيره

يذكر غيره وذلك يقتضى نفى غيره لان قصد الشارع فى مثله اخراج العبد عن عهدة الحكم المتعلق بالحادثة
ولا يتحقق ذلك الا ببيان كل الحكم بلا اخلال فلو كان غيره من تتمة هذا الحكم لذكره فى موضع البيان وقوله ولان
العصمة المؤثمة بالادمية لدليل معقول على عدم العصمة المقومة الموجبة للدية فى دار الحرب ومشتمل على بيان ان
العصمة المقومة ليست بوصف كمال فى العصمة المؤثمة تكون تابعة لها وبيان ذلك ان العصمة المؤثمة بالادمية
لان الادمى خلق متحملا اعباء التكاليف اى اثقالها ومن خلق لشىء وجب عليه القيام به فالادمى وجب عليه القيام
باعباء التكاليف والقيام بها بحرمة التعرض له اذ انما يتحقق له القيام بها اذا كان حرام التعرض فالادمى
وجب ان يكون حرام التعرض مطلقا الا ان الله تعالى ابطل ذلك فى الكافر بعارض الكفر فاذا زال الكفر
بالاسلام عاد الى الاصل والاموال تابعة لها اى للادمية التى تثبت العصمة المؤثمة لها لانها خلقت فى الاصل
مباحة وانما صارت معصومة ليتمكن الادمى من الانتفاع بها فى حاجته فكانت تابعة للادمية اما العصمة
المتقومة فالاصل فيها الاموال لان التقوم يؤذن بجبر الفايت لان المتقوم هو الشىء الذى يكون واجب الابقاء
والدوام بالمثل او القيمة وذلك اى جبر الفايت فى الاموال دون النفوس لانه انما يحصل بالمثل صورة ومعنى
او معنى فقط ولا مماثلة بين النفوس وما يجبر لا صورة ولا معنى على ما عرف فى الاصول وكانت النفوس تابعة
للاموال فى العصمة ومن هذا علم ان العصمة المؤثمة اصل مستقل فى شىء والعصمة المتقومة اصل مستقل فى شىء
آخر وليس احدهما بكمال فى الاخر ولا وصف زائد عليه ثم العصمة المقومة فى الاموال بالاحراز بالدار لانها عزة
والعزة بالمنعة فالعصمة المتقومة فى الاموال بالمنعة فكذلك فى النفوس لانها تابعة لها لما ذكرنا ولا منعة
لدار الحرب لان الشرع اسقط اعتبار منعة الكفر لما انه وجب ابطالها واذا لم يكن منعة لا يوجد الاحراز
واذا لم يوجد الاحراز لا يوجد العصمة المقومة واذا لم يوجد العصمة المتقومة لا تجب الدية وهذا فى غاية
التحقيق خلا انه يوهم ان لا يملكوا اموالنا بالاحراز الى دارهم كما قال به الشافعى رحمه الله ودفعه بانه معنى
قولنا ان الشرع اسقط اعتبارها حال كونهم فى دارهم واما اذا وقع خروجهم الى دارنا واحرزوا اموالنا
بالايدى الحافظة والناقلة فقد استولوا على مال مباح كما مر وذلك يوجب الملك لا محالة وقوله والمرتد والمستامن
جواب عما يقال انهما محرزان بدار الاسلام ذاتا ويجب ان يتقوما ولم يتقوما حتى لا تجب الدية بقتلهما
وكون المستامن من اهل دارهم حكما لقصده الانتقال ظاهر واما المرتد فكذلك لانه يقصده هربا من
القتل وقوله ومن قتل مسلما خطا الى اخره واضح واعترض على قوله وهو للعامة والسلطان بان
التردد فى من له ولاية القصاص يوجب سقوطه كما فى المكاتب اذا قتل عن وفاء وله وارث واجيب بان الامام
ههنا نايب عن العامة فصار كان الولى واحد بخلاف مسئلة المكاتب

باب العشر والخراج

لما ذكر ما يصير به الحربى ذميا شرع فى بيان الخراج الذى يجب عليه وذكر العشر استطرادا لان سبب
كل منهما هو الارض النامية وقدمه على الخراج لكونه من الوظايف الاسلامية والعشر بضم العين احد اجزاء

العشرة والخراج اسم لما يخرج من غلة الارض او الغلام ثم سمي ما ياخذه السلطان خراجا فيقال
ادى فلان خراج ارضه وادى اهل الذمة خراج رؤسهم يعني الجزية والعذيب ماء لتميم والجحر بفتحتين
الصخر لانه وقع في اما التخليص الصحن موضع الحجر ويظهر من ذلك ان من روى بسكون الجيم وفسر بالحجر
فقد حرف ومهرة بالفتح والسكون اسم رجل وقيل اسم قبيلة ينسب اليها الابل المهرية سمي ذلك المقام به
فيكون مهرة بدلا من قوله باليمن وهذا طولها ويبرين والدهناء ورمل عالج اسماء مواضع الى مشارف
للشام اي قراها عرضا والسواد اي اراضي سواد العراق اي قراها سمي بالسواد لخضرة اشجاره وزرعه
وحده عرضا من العذيب الى عقبة حلوان وهو اسم بلد ومن الثعلبية وهي من منازل البادية الى عبادان
وهو حصن صغير على شط البحر طوله وقيل في موضع الثعلبية العلث بفتح العين وسكون اللام وهي قرية
موقوفة على العلوية وهو اول العراق شرقي دجلة وكلامه واضح وقوله لما قدمناه من قبل يعني في اول باب
الغنائم وقوله والخراج اليق به يعني من حيث انه فيه معنى العقوبة وان فيه تغليظ الوجوب وان لم تزرع والكافر
اليق بالعقوبة والتغليظ وكان القياس في ارض مكة ان يكون خراجية لانها فتحت عنوة اي قسرا لكن رسول
الله صلى الله عليه وسلم لم يوظف عليها الخراج وكما لا رق على العرب فكذا لا خراج في ارضهم وقوله وفي الجامع
الصغير الى قوله فهي ارض خراج يعني سواء قسمت بين الغانمين او اقر عليها و ذكر لفظ الجامع الصغير لهذه
الفائدة وقوله ومن احيى مواتا فهي عند ابي يوسف معتبرة بحيزها قيل هذا الاطلاق محمول على المقيد وهو ما
اذا كان المحيي مسلما واما اذا كان ذميا فعليه الخراج وان كانت من حيز ارض العشر واذا كان هذا مقيدا
بكونه مسلما وجب ان نقيد قولهم المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج بانه اذا لم يكن منه صنيع يقتضي ذلك
وهو السقي من ماء الخراج اذ الخراج يجب جزاء للمقاتلة فيختص وجوب الخراج بما يسقى بما حمته المقاتلة
والماء الذي حمته المقاتلة هو ماء الخراج فلهذا يجب الخراج اذا سقاه بماء الخراج الى هذا اشار شمس
الائمة رحمه الله وقوله والبصرة عنده عشرية جواب عما كان يرد على قول ابي يوسف فيما ذكر ان الاحياء
في حيز الارض الخراجية يجعل الارض خراجية والبصرة في حيز الارض الخراجية وان احياها مسلم
يجب عليه العشر وجه ان القياس ذلك لكن ترك باجماع الصحابة رضي الله عنهم وقوله لان حيز الشيء يعطى
له حكمه دليل ابي يوسف على مذهبه وقوله كفناء الدار يعني فناء الدار يعطى حكم الدار في حق الانتفاع وان
لم يكن الفناء مملوكا لصاحب الدار لاتصاله بملكه فكذلك ههنا يعطى هذه الارض المحياة حكم جوارها لاتصالها به
ولا يظن في اعادة قوله وكان القياس في البصرة ان يكون خراجية تكرارا لان الاول رواية القدوري والثاني
ذكره شرحا لذلك ونهر الملك على طريق الكوفة من بغداد ويزدجرد ملك من ملوك العجم وقوله لما ذكرنا
من قبل اشارة الى قوله لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بما ثمها قال والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه
اعلم ان الخراج على نوعين خراج وظيفة وهو ان يكون الواجب في الذمة يتعلق بالتمكن من الانتفاع بالارض

في جريب

في جريب وهو ارض طولها ستون ذراعا وعرضها ستون بذراع الملك كسرى وهو يزيد على ذراع
العامة بقبضة قفيز هاشمي وهو الصاع من حنطة او شعير على ما قال الامام قاضي خان في فتاواه وهما
يزرع فيها على ما ذكر في شرح الطحاوي ودرهم وقوله والكرم اخفها يعني واكثرها ريعا لانه يبقى على
الابد بلا مؤنة والمزارع اكثرها مؤنة لاحتياجها الى الزراعة والقاء البذر في كل عام والرطاب بينهما لانها
تبقى اعواما لا تدوم دوام الكروم وكانت مؤنتها فوق مؤنة الكروم ودون مؤنة المزارع وخراج مقاسمة
وهو ان يكون الواجب شيئا من الخارج كالخمس والسدس ونحو ذلك لانه ليس فيه توظيف عمر رضي الله عنه
فيعتبر فيه الطاقة كما اعتبرها في الموظف ومن الانصاف ان لا يزاد على النصف وقوله والبستان كل ارض
يحوطها حائط ظاهر وان غلب على ارض الخراج الماء او انقطع عنها فلا خراج عليها بالاتفاق لان التمكن من
الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج وقيد اذا اصطلم الزرع آفة اي استاصله حر شديد
او برد شديد او نحو ذلك فلا خراج ايضا لانه فات النماء التقديري الذي اقيم مقام النماء الحقيقي في بعض
الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكوة فان من اشترى جارية للتجارة فمضى عليها سنة الا شهرا
ثم نواها للخدمة سقطت الزكوة لانها لم تبق نامية في جميع الحول او يقال الحكم على الحقيقة عند خروج
الخارج يعني ان النماء التقديري كان قائما مقام الحقيقي فلما وجد الحقيقي تعلق الحكم به لكونه الاصل وقد هلك فهلك
معه الخراج فان قيل اذا استاجر ارضا للزراعة فاصطلم الزرع آفة لم يسقط الاجر فما الفرق بينه و
بين الخراج اجيب بان الاجر يجب بحسب المنفعة لا بحسب الزرع لا بعده وليس الاجر كالخراج لانه وضع على مقدار
الخارج اذا اصلحت الارض للزراعة فاذا لم يخرج شيء جاز اسقاطه والاجر لم يوضع على مقدار الخارج
فجاز ايجابه وان لم يخرج ثم قال مشايخنا ما ذكر في الكتاب ان الخراج يسقط بالاصطلام محمول على ما
اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن ان يزرع الارض ثانيا اما اذا بقي فلا يسقط الخراج قال وان عطلها
صاحبها فعليه الخراج اذا عطل الارض الخراجية صاحبها فعليه الخراج لان التمكن كان ثابتا وهو الذي فوته قيل
هذا اذا كانت الارض صالحة للزراعة والمالك متمكن من الزراعة وعطلها اما اذا عجز المالك عن الزراعة
باعتبار عدم قوته واسبابه فللامام ان يعطي الى غيره مزارعة وياخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك
الباقي له وان شاء آجرها واخذ ذلك من الاجرة وان شاء زرعها بنفقة من بيت المال فان لم يتمكن ولم
يجد من يقبل ذلك باعها واخذ الخراج من ثمنها وهذا بلا خلاف وان كان فيه نوع حجر وهو ضرر لكنه الحاق
ضرر بواحد للعامة وقوله قالوا يعني المشايخ من انتقل الى اخس الامرين من غير عذر بان كانت الارض صالحة
للزراعة للاعلى وهو الزعفران مثلا فزرع الشعير وحب الزعفران لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف
ولا يفتى به كيلا يتجرى الظلمة على اخذ اموال الناس فيرد بانه كيف يجوز الكتمان وانهم لو اخذوا كان في موضعه
لكونه واجبا واجيب بانا لو افتينا بذلك لادعى كل ظالم في ارض ليس شانها ذلك انها قبل كانت تزرع الزعفران

فياخذ الخراج ذلك وهو ظلم وعدوان وقوله ومن اسلم من اهل الخراج ظاهر وقوله من غير كراهة احتراز عما تقوله المتقشفة
انه مكروه لان النبي عم راى شيئا من الات الحراثة فقال ما دخل هذا بيت قوم الا ذلوا ظنوا ان المراد الذل بالتزام
الخراج وليس كذلك بل المراد ان المسلمين اذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا اذناب البقر وقعدوا عن الجهاد
كر عليهم عدوهم فجعلوهم اذلة ولان الصغار ان كان فانما يكون في الوضع ابتداء واما بقاء فلا بخلاف خراج
الرؤس فانه ذل وصغار ابتداء وبقاء فلذلك لا يبقى بعد الاسلام وقوله وجبا في محلين بسببين مختلفين
يعني والمصرفين مختلفين اما اختلاف المحل فلان الخراج في ذمة المالك والعشر في الخارج واما اختلاف
السبب فلان سبب الخراج الارض النامية تقديرا وسبب العشر الارض النامية تحقيقا واما اختلاف المصرف
فان مصرف الخراج المقاتلة ومصرف العشر الفقراء فلا يتنافيان لان التنافي انما يتحقق باتحاد المحل ولنا
قوله صلى الله عليه لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم رواه ابو حنيفة رحمه الله عن حماد عن ابرهيم عن علقمة رحمهم الله
عن النبي عليه السلام وقوله والوصفان لا يجتمعان لان الطوع ضد الكره الحاصل من القهر واذا لم يجتمع السببان لم
يثبت الحكمان وقوله ولهذا ايضا فان اهل الارض يقال عشر الارض وخراج الارض وقوله وعلى هذا الخلاف الزكوة
مع احدهما اي العشر والخراج صورته رجل اشترى ارض عشر او خراج للتجارة لم يكن عليه زكوة التجارة عندنا
وعن محمد ان عليه زكوة التجارة مع العشر او الخراج وهو قول الشافعي ومبنى هما اختلاف المحلين لان محل العشر و الخارج
محل الزكوة عين مال التجارة وهو الارض فلم يجتمعا في محل واحد فوجوب احدهما لا يمنع وجوب الاخر كالدين مع العشر
ولنا ان المحل واحد لان كلا منهما مؤنة الارض النامية وكذلك الزكوة المال النامي وهو الارض وكل منهما يجب حقا لله تعالى
فلا يجب بسبب ملك مال واحد حقان لله كما لا يجب زكوة السائمة وزكوة التجارة باعتبار مال واحد واذا ثبت انه لا وظيفة ح
وجه للجمع بينهما قلنا العشر والخراج صارا وظيفتين لازمتين لهذه الارض فلا يسقطان باسقاط المالك
وهو اسبق ثبوتا من زكوة التجارة التي كان وجوبها بنيته فلهذا بقيت عشرية وخراجية كما كانت وقوله و
كل واحد منهما يجب حقا لله خرج الجواب عن وجوب الدين مع العشر فان الدين يجب للعبد والعشر لله فلا
تنافي بينهما فيجبان وان كان تسبب ملك واحد والباقي ظاهر **باب في الجزية** لما فرغ من ذكر خراج الارض كانا خ
ذكر في هذا الباب خراج الرؤس وهو الجزية الا انه قدم الاول لان العشر يشاركه في سببه وفي العشر معنى القربة
وبيان القرب مقدم والجزية اسم لما يؤخذ من اهل الذمة والجمع الجزى كاللحية واللحى وانما سميت بها لانها تجزى
عن الذمي اي تقضي وتكفي عن القتل فاذا قبلها سقط عنه القتل قال الله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله
حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون فان قيل الكفر معصية وهو اعظم الكبائر فكيف يصح اخذ البدل
على تقريره اجيب بان الجزية لم يكن بدلا عن تقرير الكفر وانما هو عوض عن ترك القتل والاسترقاق الواجبين
فجاز كاسقاط القصاص بعوض او هي عقوبة على الكفر فيجوز كالاسترقاق قوله وهي على ضربين ظاهر ونجران بلاد
واهلها نصارى والحلة ازار ورداء هو المختار ولا يسمى حلة حتى يكون ثوبين وقوله ولان الموجب هو التراضي اي

للوجب

الموجب لعقد ما وقع عليه الاتفاق هو التراضي لا الموجب لوجوب الجزية فان موجبه في الاصل اختيارهم البقاء على
الكفر بعد ان غلبوا وقوله فيضع على الغني الظاهر الغنى قال الامام فخر الاسلام من ملك ما دون المائتين او لا يملك شيئا لكنه
معتمل فعليه اثنا عشر ومن ملك مائتي درهم فصاعدا الى عشرة الاف درهم وهو معتمل ايضا فعليه اربعة وعشرون
درهما ومن ملك عشرة آلاف درهم فصاعدا الى ما لا نهاية له وهو معتمل ايضا فعليه ثمانية واربعون ثم قال وانما
شرط المعتمل لان الجزية عقوبة فانما يجب على من كان من اهل القتال حتى لا يلزم الذمي منهم جزية وان كان مفرطا
في اليسار قال والمعتمل هو الذي يقدر على العمل وان لم يحسن حرفة وكان الفقيه ابو جعفر يقول ينظر الى عادة
كل بلد لان عادة البلدان مختلفة في الغنى الا يرى ان صاحب خمسين الفا ببلخ من المكثرين وان كان ببغداد وبالبصرة
لا يعد من المكثرين وفي بعض البلدان صاحب عشرة الاف يعد من المكثرين فيعتبر عادة كل بلد وذكر هذا القول
عن ابي نصر بن سلام وقوله صلى الله عليه وسلم من كل حالم وحالمة معناه بالغ وبالغة وعدله معافري اي وخذ
مثل دينار بدلا من هذا الجنس يقال ثوب معافري منسوب الى معافر بن مر ثم صار له اسما بغير نسبة وذكر في
الفوايد الظهيرية معافر حي من همدان ينسب اليه هذا النوع من الثياب وعدل الشيء بفتح العين مثله
اذا كان من خلاف جنسه وبالكسر مثله من جنسه وقوله لانه وجب نصرة للمقاتلة يعني وانما قلنا ان الجزية وجبت نصرة
للمقاتلة لانها تجب بدلا عن النصرة للمسلمين ببذل النفس والمال لان كل من كان من اهل دار الاسلام يجب عليه
النصرة للدار بالنفس والمال قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا هل ادلكم على تجارة تنجيكم من عذاب اليم تؤمنون
بالله ورسوله وتجاهدون في سبيله باموالكم وانفسكم ذلكم خير لكم ان كنتم تعلمون لكن الكافر لما لم يصلح النصرة لما ١٨٦
لميله الى دار الحرب اعتقادا قام الخراج الماخوذ منه المصروف الى الغزاة مقام النصرة بالنفس ثم النصرة من المسلم
تتفاوت فالفقير ينصر راجلا ومتوسط الحال ينصر راكبا وراجلا والموسر بالركوب واركاب غيره ثم
الاصل لما كانت متفاوتة تفاوت الخراج الذي قام مقامه فان قيل النصرة طاعة الله وهذه عقوبة فكيف يكون العقوبة
خلفا عن الطاعة اجيب بان الخلفية عن النصرة في حق المسلمين لما فيه من زيادة القوة للمسلمين وهم يثابون
على تلك الزيادة الحاصلة بسبب اموالهم بمنزلة ما لو اعاروا دوابهم للمسلمين وهو ما رواه محمول على انه كان صلحا
والدليل على ذلك انه امر بالاخذ من النساء والجزية لا تجب على النساء **قال** وتوضع الجزية على اهل الكتاب وقوله وتوضع
الجزية على اهل الكتاب سواء كان من العرب او العجم لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية وقوله وعلى المجوس
روى البخاري ان عمر رضي الله عنه لم يكن ياخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
اخذها من مجوس هجر وهجر اسم بلد في البحرين وقوله وعبدة الاوثان من العجم وهو بالجر عطفا على اهل الكتاب وقيد
قوله من العجم احترازا عن عبدة الاوثان من العرب فانه لا توضع عليهم الجزية على ما ذكر في الكتاب وفيه خلاف الشافعي
وكلامه ظاهر ولنا انه يجوز استرقاقهم وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم لان كل واحد منهما
يشتمل على سلب النفس منهم اما الاسترقاق فظاهر لان نفع الرقيق يعود الينا جملة واما الجزية فلان الكافر يؤديها

من كسبه والحال ان نفقته من كسبه فكان اذا كسبه الذى هو سبب حيوته للمسلمين دارة راتبه
فى معنى اخذ النفس منه حكما وتوقض بان من جاز استرقاقه لو جاز ضرب الجزية عليه لجاز على
النساء والصبيان والّلازم باطل واجيب بان ذلك بمعنى آخر وهو ان الجزية بدل على النصرة ولا نصرة على
المرأة و [illegible] والصبى فكذا بدله وهذا ليس بدافع بل مقرر للنقض والصواب ان قبول المحل شرط
تاثير المؤثر فكان معنى قوله وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم اذا كان المحل قابلا و
المرأة والصبى ليسا كذلك لان الجزية انما يكون من الكسب وهما عاجزان عنه وقوله وان ظهر عليهم اى
على اهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم قبل ذلك اى قبل وضع الجزية عليهم فهم ونساهم و
صبيانهم فىء اى غنيمة للمسلمين لجواز استرقاقهم ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين
لان كفرهما قد تغلظ على ما ذكر فى الكتاب وكل من تغلظ كفره لا يقبل منه الا السيف او الاسلام زيادة
فى العقوبة عليه ولقائل ان يقول هذا منقوض باهل الكتاب فانه تغلظ كفرهم لانهم عرفوا النبى معرفة
تامة متشخصة ومع ذلك انكروه وغيروا اسمه ونعته من الكتب وقد قبل منهم الجزية وايضا الفصل
بين عبدة الاوثان من العرب بجواز استرقاقهم دون عبدة الاوثان مخالف لقوله صلى الله عليه وسلم
يوم اوطاس لو جرى رق على عربى لجرى اليوم من غير فصل بين عبدة الاوثان واهل الكتاب والجواب
عن الاول كان يقتضى ان لا يقبل منهم الجزية الا انه ترك بالكتاب بقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله
الاية وعن الثانى بان مراده عليه السلام عرب الاصل واهل الكتاب وان سكنوا فيما بين العرب وتوالدوا
فهم ليسوا بعرب فى الاصل وانما العرب فى الاصل عبدة الاوثان فانهم اميون وقوله وجوابه ما قلنا يريد
به قوله لان كفرهما قد تغلظ واذا ظهر عليهم اى على عبدة الاوثان من العرب والمرتدين فنساؤهم
وصبيانهم فىء لان ذرارى المرتدين ونساءهم يجبرون على الاسلام دون ذرارى عبدة الاوثان
ونساءهم لان الاجبار على الاسلام انما يكون بعد ثبوت حكم الاسلام فى حقه وذرارى المرتدين قد ثبت
فى حقهم تبعا لابائهم فيجبرون عليه والمرتدات كن مقرات بالاسلام فيجبرون عليه بخلاف ذرارى
العبدة ونسائهم وحنيفة ابو حى من العرب وقيل المراد بنى حنيفة رهط مسيلمة الكذاب وقوله لما ذكرنا
اشارة الى قوله فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة فى العقوبة وقوله لانها وجبت بدلا عن
القتل يعنى فى حقهم لما خوذ منهم وعن القتال اى عن النصرة فى حقنا كما تقدم ولا يجب البدل الا على من يجب عليه
الاصل والاصل هو القتل او القتال لا يتحقق فى حق المرأة والصبى لعدم الاهلية فكذا البدل وقوله لما بينا يعنى
قوله لا يقتلان ولا يقاتلان وقوله لما اطلاق حديث معاذ هو قوله عليه السلام خذ من كل حالم وحالمة وقوله على
اعتبار الثانى لا يجب يعنى ان الجزية بدل عن الامرين كما مر تقريره وعلى اعتبار الاول يجب وضع الجزية لان الاصل
يتحقق فى حق المماليك لان المملوك الحربى يقتل فيتحقق البدل ايضا وعلى اعتبار الثانى لا يجب لان العبد لا يقدر على النصرة و

لا يجب عليهم بدله وقوله لانهم تحملوا الزيادة بسببهم اى صار مواليهم بسببهم من صنف الاغنياء او وسط
الحال حتى وجب عليهم زيادة على مقدار الواجب على الفقير المعتمل فلو قلنا بوجوبها على المولى بسببهم لكان
وجوب الجزية مرتين بسبب شىء واحد وذلك لا يجوز وقوله ولا يوضع على الرهبان واضح قال ومن
اسلم وعليه جزية سقطت عنه اذا اسلم من عليه الجزية او مات كافرا او عمى او صار زمنا او مقعدا او
شيخا كبيرا لا يستطيع العمل وفقيرا لا يقدر على شىء وبقى عليه الجزية سقطت عنه عندنا سواء كانت
هذه العوارض قبل استكمال السنة او بعدها خلافا للشافعى رحمه الله له انها وجبت بدلا عن العصمة
او عن السكنى وقد وصل الله المعوض وكل ما وجب بدلا عن شىء وقد وصل الله المعوض لا يسقط عنه
العوض بهذا العارض اى بالاسلام او بالموت كما فى الاجرة والصلح عن دم العمد فان الذمى اذا استوفى منافع
المستاجرة ثم اسلم او مات لا يسقط عنه الاجرة لان المعوض قد وصل اليه وهى منافع الدار وكذا اذا
اذا قتل الذمى رجلا عمدا ثم صالح عن الدم على بدل معلوم ثم اسلم او مات لا يسقط عنه البدل لان المعوض هو
نفسه قد سلم له وانما ردد فى قوله بدلا عن العصمة او السكنى لاختلاف العلماء فى ان الجزية وجبت بدلا عما
ذا فقال بعضهم وجبت بدلا عن العصمة الثابتة بعقد الذمة وبه قال الشافعى لان الله تعالى امر بالقتال ومده
الى غاية وهى اعطاء الجزية وقال بعضهم وجبت بدلا عن السكنى فى دار الاسلام لانهم بحكم الاصل على الشرك
لا يكونون من اهل دارنا باعتبار الاصل وانما يصيرون من اهل دارنا بما يؤدون من الجزية وقال بعضهم
وجبت بدلا عن النصرة التى فاتت باصرارهم على الكفر وقد تقدم واعيد ههنا توضيحا وذلك لانهم لما
صاروا من اهل دارنا بقبول الذمة ولهذه الدار دار معادية وجب عليهم نصرتها ولا يصلح بدانهم لهذه
لان الظاهر انهم يميلون الى اهل الدار المعادية لاتحادهم فى الاعتقاد فاوجب عليهم الشرع الجزية ليوخذ
منهم فيصرف الى المقاتلة فيكون عوضا عن النصرة قال شمس الائمة السرخسى وهو الاصح لان الجزية لا يوخذ من
الاعمى والشيخ الفانى والمعتوه والمقعد مع انهم يشاركون فى السكنى لانهم لم يلزمهم اصل النصرة بابدانهم لو
كانوا مسلمين فكذلك لا يوخذ منهم ما هو خلف عنه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ليس على مسلم جزية رواه ابن عباس
رضى الله عنهما وهو مطلق فيجرى على اطلاقه بل الانصاف ان المراد به بعد الاسلام لان كل احد يعلم ان المسلم لا يكون
عليه جزية فتعين ان يكون المراد به انها تسقط بالاسلام اذ لو لم يسقط لصدق ان على هذا المسلم جزية وقوله
لانها وجبت عقوبة الى آخره ظاهر واعترض بانها لحق ضرب الجزية فيما تقدم بالاسترقاق بالمعنى الجامع بينهما
فقال ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما اشتمل على سلب النفس منهم فكيف افترقا
فى البقاء حيث يبقى العبد قنا بعد الاسلام ولا يبقى الجزية بعده مع ان كلا منهما فى الابتداء يثبت بطريق المجازاة
لكفرهم والجواب ان اداء الجزية لم يشرع الا بوصف الصغار وما شرع بوصف لا يبقى بدونه على ما عرف فى الاصول
والاسلام ينافى الصغار فيسقط الجزية بخلاف الاسترقاق فانه لم يشرع لذلك قوله والعصمة يثبت لكونه آدميا

جواب عن قوله انها وجبت بدلا عن العصمة ومعناه ان العصمة ثابتة للادمي من حيث انه ادمي لما انه خلق متحملا
اعباء التكاليف فلا يصلح ان يكون الجزية الطارية بدلا عنها ولقائل ان يقول سلمنا انها ثابتة بالادمية ولكنها سقطت
بالكفر فالجزية تعيدها على ما كانت فكانت بدلا والجواب انها لو كانت بدلا عن العصمة فلما ان يكون عن عصم
فيما مضى او فيما يستقبل لا سبيل الى الاول وهو ظاهر ولا الى الثاني لان الاسلام يغني عنها والذمي يسكن ملك نفسه جواب عن
قوله والسكنى ومعناه ان الذمي يملك موضع السكنى بالشراء وغيره من الاسباب فلا يجوز ايجاب البدل لسكناه
في موضع هو ملك له فلو كانت الجزية اجرة كان وجوبها بالاجارة لا محالة ويشترط فيها التاقيت لان الابهام
يبطلها وحيث لم يشترط التاقيت في السكنى دل على ان الجزية لم يكن بطريق الاجارة فان قال قائل كما انه لا يجوز
ان يكون بدلا عن العصمة والسكنى فكذلك لا يجوز ان يكون بدلا عن النصرة ايضا الا يرى ان الامام لو استعان
باهل الذمة فقاتلوا معه لا يسقط عنهم جزية تلك السنة فلو كانت بدلا عنها لسقطت لانه قد نصر بنفسه اجيب
بانا انما لم يسقط لانه حينئذ يلزم تغيير المشروع وليس للامام ذلك وهذا لان الشرع جعل طريق النصرة في حق
الذمي المال دون النفس **قال** فان اجتمعت عليه الحولان ات فعل الحولين اما باعتبار حذف المضاف اي اجتمعت
جزية الحولين واما بتاويل السنتين واتى بعبارة الجامع الصغير لتفصيل في اللفظ ولا ابهام في قوله وجاءت
سنة اخرى على ما بينه وكلامه واضح وقوله وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق يحتاج الى بيان الفرق بينهما والفرق
ان الخراج في حالة البقاء مونة من غير التفات الى معنى العقوبة ولهذا اذا اشترى المسلم ارضا خراجية يجب عليه الخراج
فجاز ان لا يتداخل بخلاف الجزية فانها عقوبة ابتداء وبقاء ولهذا لم يشرع في حق المسلم اصلا والعقوبات تتداخل
وقولهما في الخلافية اي فيما اذا اجتمع عليه الحولان ان الخراج وجب عوضا على ما تقدم وكل ما وجب عوضا اذا اجتمع
وامكن استيفاؤه استوفي كما في ساير العواض وقد امكن لان الفرض انه حي واستيفاء المال من الحي ممكن اذا لم يمنع
منه الاسلام بخلاف ما اذا اسلم وقوله ولابي حنيفة ظاهر وقوله على ما بيناه اراد به ما ذكره قبل هذا بقوله ولانها
وجبت عقوبة على الكفر ولقائل ان يقول قد تكرر في كلامهم انها وجبت بدلا عن النصرة او السكنى او العصمة و
تكرر ايضا فيه انها وجبت عقوبة على الكفر ومعنى العقوبة غير معنى البدلية عن شيء فيلزم توارد علتين على معلول
واحد بالشخص وذلك باطل والجواب عن ذلك ان كونها عقوبة لازم من لوازم كونه بدلا عن النصرة لان ايجاب النفع
لغير اهل دينه يستلزم عقوبة وقوله ولهذا توضيح لقوله وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر والتلبيب اخذ موضع
اللبب من الثياب واللبب موضع القلادة عن الصدر وقوله ولانه وجب بدلا عن العصمة استدلال من جهة الملزوم
وما تقدم كان من جهة اللازم وكلامه ظاهر وقد بيناه من قبل وقوله حمله بعض المشايخ على المضي مجازا قال الامام فخر
الاسلام في شرح الجامع الصغير اختلف مشايخنا في قوله جاءت سنة اخرى فقال بعضهم معناه مضت حتى يتحقق
اجتماعهما عند آخر الحول يجب وهذا ضرب من المجاز لان مجي كل شيء بمجيء اوله وانما قلنا في مجوز المجاز ان مجي الشهر يستلزم
مضي الآخر لا محالة وذكر الملزوم وارادة اللازم مجاز وقال بعضهم معناه دخول اولها لان الجزية تجب باول الحول والتاخير

الى آخر الحول

الى آخر الحول تخفيف وتاجيل عند ابي حنيفة وعلى هذا يتحقق التداخل عند مضي شهر بلا ارتكاب المجاز وكلامه واضح
وقوله على ما قررناه اشارة الى قوله لان الفعل انما يستوفى في الجواب لا في آخر الحول لانها تجب في المال النامي وحولان الحول
هو الممكن من الاستنماء لاشتماله على الفصول الاربعة على ما مر فلا بد من اعتبار الحول لتحقق شرط وجوب الاداء

الخراج قائم في الحال لا الخراج ماض الى آخره ويحتاج الى الجواب عن الزكوة وهو ان الزكوة وجبت

فصل لما فرغ من بيان ما يجب على اهل الذمة بسكناهم في دار الاسلام شرع في بيان ما يجوز لهم
ان يفعلوا مما يتعلق بالسكنى ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام لقوله صلى الله عليه وسلم لا اخصاء
في الاسلام ولا كنيسة والخصاء بكسر الخاء على وزن فعال مصدر خصاه اي نزع خصيتيه والاخصاء
في معناه خطا ذكره في المغرب والمناسبة بين الخصاء والكنيسة هي ان احداث الكنيسة في دار الاسلام
ازالة لفحولية اهل داره معنى كما ان الخصاء ازالة لفحولية الحيوان ان كان الخصاء على حقيقته وان كان المراد به
التقبل والامتناع عن النساء بملازمة الكنايس فالمناسبة ظاهرة والمراد بقوله عليه السلام ولا كنيسة احداثها
فهو نفي بمعنى النهي اي لا يحدث كنيسة في دار الاسلام ويقال كنيسة اليهود والنصارى لمتعبدهم وكذلك
البيعة كان مطلقا في الاصل ثم غلب استعمال الكنيسة بمتعبد اليهود والبيعة بمتعبد النصارى قوله
والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة اي لا يمكنون من احداث الصومعة التي يتخلون فيها ايضا للعبادة
بخلاف موضع الصلوة اي صلوة الذمي في البيت فانهم يمكنون من ذلك لانه تبع للسكنى وقوله والمروي
عن صاحب المذهب اي عن ابي حنيفة رحمه الله والمراد بالمروي هو ما ذكره آنفا بقوله وهذا في الامصار
دون القرى وقوله في جزيرة العرب قيل انما سميت ارض العرب بالجزيرة لان بحر فارس وبحر الحبش
ودجلة والفرات قد احاطت بها وقوله ويوخذ اهل الذمة بالتميز ظاهر وذكر رواية الجامع لكونها
كالتفسير لما ذكره القدوري كانه قال وكيفية التميز ما ذكره في الجامع الصغير الى آخره والكستيج
خيط غليظ بقدر الاصبع يشده الذمي فوق ثيابه دون ما يتزينون به من الزنانير المتخذة من
الابريسم وقوله صيانة لضعفة المسلمين اي الضعفة في الدين لا البدن اي يفعل ذلك بهم كي يكونوا
في اعين المسلمين الذين لم يتصلبوا في دين الاسلام اذلاء صاغرين حتى لا يميلوا الى الكفر بسبب سعتهم
في الرزق والملابس والمراكب ورونق حالهم فان قيل لم ياخذ النبي صلى الله عليه من يهود المدينة و
نصارى نجران ولا مجوس هجر بذلك فيكون بدعة اجيب بانهم في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم
كانوا معروفين في المدينة لا تشتبه حالهم فلم يقع الاحتياج الى ذلك ثم في زمن عمر رضي الله عنه لما كثر
الناس ممن يعرف وممن لا يعرف وقعت الحاجة الى ذلك فامر بذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم
وكان صوابا قال صلى الله عليه وسلم اينما دار عمر فالحق معه وقوله فانه حق في حق اهل الاسلام اي ترك
حسن العشرة باهل الاسلام لان في الامر لاهل الذمة بتميزهم بما يوجب اعزازهم من اتخاذ الزنار من
الابريسم اهانة لاهل الاسلام لان من اعز عدو صديقه فقد اهان صديقه معنى وقوله ان لا يركبوا الا

الضرورة يعني كالخروج الى الرستاق وذهاب المريض الى موضع يحتاج اليه وقوله بالصفة التي تقدمت
يعني كهيئة الاكف وقوله لانه ينقض امانه يعني لو كان مسلما وسب النبي صلى الله عليه وسلم ينقض ايمانه فكذا
ينقض امانه وذمته وكذا حكم ما حمله من ماله يعني ان الذمي اذا نقض العهد ولحق بدار الحرب وفي يده
مال ثم ظهر على دار الحرب يكون فيئا كالمرتد اذا لحق بدار الحرب بماله ثم ظهر على الدار كان ماله فيئا وقوله الا انه
لو اسر يستثنى من قوله فهو بمنزلة المرتد يعني بخلاف المرتد فانه لا يسترق بل يقتل ان اصر على ارتداده

فصل

ذكر نصارى بني تغلب في فصل على حدة لان لهم احكاما مخصوصة بهم يخالف احكام ساير النصارى و
كلامه واضح والاصل فيه ما ذكر ابو يوسف في كتاب الخراج باسناده الى داود بن كردوس عن عبادة بن
النعمان التغلبي انه قال لعمر رضي الله عنه يا امير المؤمنين ان بني تغلب من قد علمت شوكتهم وانهم
بازاء العدو فان ظاهروا عليك العدو اشتدت المؤنة فان رايت ان تعطيهم شيئا فافعل قال فصالحهم
عمر رضي الله عنه على ان لا يغمسوا احدا من اولادهم في النصرانية وتضاعف عليهم الصدقة وعلى ان
يسقط الجزية عن رؤسهم فكل نصراني من بني تغلب له غنم سايمة فليس فيها شيء حتى يبلغ اربعين فاذا بلغت
اربعين شاة سايمة ففيها شاتان الى مائة وعشرين فاذا زادت واحدة ففيها اربع من الغنم وعلى هذا
الحساب يؤخذ صدقاتهم وكذلك الابل والبقر اذا وجب على المسلم شيء في ذلك فعلى التغلبي مثله مرتين نساؤهم
كرجالهم في الصدقة واما الصبيان فليس عليهم شيء وكذلك اراضيهم التي كانت في ايديهم يوم صولحوا
يؤخذ منهم الضعف مما يؤخذ من المسلمين وقوله والمراة من اهل وجوب مثله اي مثل ما وجب بالصلح وقوله الا يرى
انه لا يراعى فيه شرائطها اي فيما اخذ منهم من المضاعف عين شرائط الجزية من وصف الصغار كعدم القبول من
يد النائب والاعطاء قائما والقابض قاعدا واخذ التلبيب على ما مر وقوله ويوضع على مولى التغلبي
الخراج اي الجزية من معتق التغلبي وان لم يؤخذ من التغلبي قوله ولنا ان هذا اي اخذ مضاعف الزكوة
تخفيف يعني لما ذكرنا انه ليس فيه وصف الصغار بخلاف الجزية والمولى لا يلحق بالاصل فيه اي في التخفيف
ولهذا اي ولكون المولى لا يلحق بالاصل في التخفيف يوضع الجزية على مولى المسلم اذا كان نصرانيا ولم يلحق
لمولاه في ترك الجزية وان كان الاسلام اعلى اسباب التخفيف في ولاها فان قيل حرمة الصدقة
ليست تغليظ بل هي تخفيف بالتخليص عن الدنس بالاثام وقد الحق مولى الهاشمي فيها بالهاشمي اجاب
بقوله بخلاف حرمة الصدقة الى آخره وقوله في حقه اي فيما هو حق مولاه وهو حرمة الصدقة
فان قيل ما بال مولى الغني لم يلحق به في حرمة الصدقة والعلة المذكورة وهي ان الحرمات تثبت
بالشبهات موجودة اجاب بقوله لان الغني من اهلها اي من اهل الصدقة في الجملة ولهذا حلت
له اذا كان عاملا وانما الغناء مانع ولم يوجد في حق المولى اما الهاشمي فليس باهل لها اصلا
لانه صين لشرفه وكرامته عن اوساخ الناس فالحق به مولاه وقوله يجوز ان يقال حرمة على بني

وخراج الارض بمنزلة مولى
القرشي اي لا يؤخذ الجزية و
خراج الارض من القرشي ويؤخذ
من معتقه فكذلك هنا يؤخذ الجزية
صح صح

الصدقة

هاشم

هاشم تشريف لهم وفي الحاق الموالي بهم زيادة في التشريف وحرمتها على الغني لغناه وفي الحاق مولاه به لا
يزداد غنى وقوله ولم يذكر الجواب عن استدلال زفر رحمه الله من الحديث وهو انه غير مجرى على عمومه فان مولى
الهاشمي ليس كهو في الكفاءة بالاجماع فوجب التاويل بانه محمول على التعاون والانتصار لانه من لوازم
فان الرجل اذا كان من القوم ينصرهم وقال شمس الائمة السرخسي القياس في الكل سواء وهو ان لا يلحق
مولى القوم بهم الا ان ورود الحديث كان في حرمة الصدقة على بني هاشم وهو ما روي ان ابا رافع رضي
الله سال رسول الله صلى الله عليه وسلم يحل له الصدقة فقال عم لا انت مولانا ومولى القوم من انفسهم والمخصوص
من القياس بالنص لا يلحق به ما ليس في معناه من كل وجه وهذا ليس في معنى ما ورد فيه النص لان ذلك كان لا ظمار
فضيلة قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحاق مولاهم بهم ومولى التغلبي ليس من ذلك في شيء وقوله وما
جباه الامام اي جمعه والثغور جمع ثغر وهو موضع مخافة البلدان والقنطرة ما لا يرفع والجسر ما يرفع
وقوله وهؤلاء عملتهم اي القضاة وعمالهم والعلماء عملة المسلمين والعملة جمع عامل وقوله فلا شيء له من العطا
العطاء ما يكتب للغزاة في الديوان ولكل من قام بامر من امور الدين كالقاضي والمفتي والمدرس وفي الابتداء
كان يعطى كل من كان له ضرب مزية في الاسلام كازواج النبي عليه السلام واولاد المهاجرين والانصار رضي الله عنهم
وكذلك لو مات في آخر السنة لا يورث العطاء لانه صلة فلا تملك قبل القبض وانما وضع المسئلة في نصف السنة
لانه لو مات في آخر السنة يستحب صرف ذلك الى قريبه لانه قد اوفى عناه فيستحب الصرف الى قريبه ليكون
اقرب الى الوفاء

باب احكام المرتدين

لما فرغ من بيان احكام الكفر الاصلي ذكر في هذا
احكام الكفر الطاري لان الطاري انما هو بعد وجود الاصل وكلامه واضح وقوله الا ان العرض على ما قالوا
غير واجب ظاهر المذهب قال في الايضاح ويستحب عرض الاسلام على المرتدين هكذا روي عن عمر رضي
الله عنه لان رجاء العود الى الاسلام ثابت لاحتمال ان الردة كانت باعتراض شبهة وقوله وتاويل الاول
يعني قوله ويحبس ثلثة ايام انه يستمهل اي يطلب المهل فيحبس ثلثة ايام واما اذا لم يطلب فالظاهر من حاله
انه متعنت في ذلك فلا باس بقتله الا انه يستحب ان يستتاب لانه بمنزلة كافر بلغته الدعوة فان قيل تقدير
المدة ههنا بثلثة ايام نصب الحكم بالراي فيما لا مدخل فيه لانه من المقادير اجيب بان هذا من قبل اثبات
الحكم بدلالة النص لان ورود النص في خيار البيع بثلثة ايام وورود فيه لان التقدير بثلثة ايام هناك
انما كان للتامل والتقدير ههنا ايضا للتامل وقوله ولانه كافر حربي بانه كافر لا محالة وليس بمستامن
لانه لم يطلب الامان ولا ذمي لانه لا يقبل منه الجزية فكان حربيا وقوله لاطلاق الدلائل يعني قوله تعالى فاقتلوا
المشركين وقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه وكيفية توبته ان يتبرا عن الاديان كلها يعني بعد الاتيان
بالشهادتين واما المرتدة فلا تقتل فان قتلها رجل لم يضمن شيئا حرة كانت او امة قال في النهاية كذا في
المبسوط وقوله لما روينا اشارة الى قوله عم من بدل دينه فاقتلوه وهذا كله يعم الرجال والنساء كقوله تعالى

189

فمن شهد منكم الشهر فليصمه ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انها جناية متغلظة وكل ما هو جناية متغلظة يناط بها عقوبة متغلظة وردة المراة تشارك ردة الرجل في هذه العلة فيجب ان يشاركها في موجبها لان الاشتراك في العلة توجب الاشتراك في المعلول وصار كالزنا وشرب الخمر والسرقة وفيه نظر لانه اثبات ما يدرء بالشبهات بالراي ولنا انه عم نهى عن قتل النساء ولان القتل جزاء الكفر والاصل في الاجزية تاخيرها الى دار الجزاء وهو الاخرة لان تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء الذي هو من الله اظهار علمه لان الناس يمتنعون خوفا من لحوقه فصاروا في المعنى كالمجبورين وفيه اخلال بالابتلاء وانما عدل عنه اي عن هذا الاصل الى تعجيل بعضه دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء لان بنيتهن غير صالحة لذلك بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية والكافرة الاصلية لا يقتل فكذا المرتدة وما قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل مرتدة فقد قيل انه عليه السلام لم يقتلها بمجرد الردة بل لانها كانت ساحرة شاعرة تهجو رسول الله عليه السلام وكان لها ثلثون ابناء تحرضهم على قتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فامر بقتلها والجواب عما روي انه ليس بمجرى على عمومه لان التبديل يتحقق من الكافر اذا اسلم فهو مخصوص فنقول انه عام لحقه خصوص فيختص المتنازع فيه بما ذكرنا من المعنى وقوله ولكن تحبس ظاهر واعاد رواية الجامع الصغير لاشتمالها على ذكر الحر والحرة والامة وقوله والامة يجبرها مولاها قال ابو حنيفة رحمه الله اذا ارتدت الامة واحتاج المولى الى خدمتها دفعت اليه وامره القاضي ان يجبرها على الاسلام قال المصنف اما الجبر فلما ذكرنا يعني انها متعنتة عما يفيد حق الله بدلا قرار ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين اي الجبر والاستخدام ولم يشترط في الكتاب حاجة المولى الى خدمتها وهو رواية الجامع الصغير وشرطها في رواية قال فخر الاسلام رحمه الله والصحيح انها تدفع الى المولى احتاج او استغنى وقال وكذلك لا تشترط طلب المولى فان قيل للمولى حق الاستخدام في العبد والامة جميعا فكيف دفعت اليه الامة دون العبد اجيب بان العبد اذا اي قتل فلا فايدة في الدفع الى المولى قال ويزول ملك المرتد عن امواله بردته

ويزول ملك المرتد عن امواله بردته زوالا مراعا اي موقوفا الى ان يتبين حاله فان اسلم عادت على حالها قالوا اي المشايخ هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يزول لانه مكلف محتاج وكل من هو كذلك يجب عدم زوال ملكه لانه لا يتمكن من اقامة موجب التكليف الا بالملك فيبقى ملكه الى ان يقتل كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص وللجامع انكلامنهم مباح الدم وقوله انه حربي مقهور تحت ايدينا بدليل انه يقتل ولا قتل الا بالحراب وكان القتل ههنا مستندا الى الحراب لان نفس الكفر ليس بمبيح له ولهذا لا يقتل الاعمى والمقعد والشيخ الفاني وقد تحقق الملزوم بالاتفاق وهو كونه ممن يقتل فلا بد من اللازم وهو كونه حربيا وهذا اي كونه حربيا مقهورا تحت ايدينا يوجب زوال ملكه ومالكيته لان المقهورية امارة المملوكية فاذا كان مقهورا ارتفعت مالكيته وارتفاعها يستلزم ارتفاع الملك لان ارتفاع المالكية مع بقاء الملك محال غير انه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه وعوده مرجو وذلك يوجب بقاء المالكية لانه حي مكلف يحتاج الى ما يتمكن به من اداء ما كلف به فبالنظر الى الاول يزول وبالنظر

الى الثاني

الى الثاني لا يزول وبالنظر الى الثاني لا يزول فتوقفنا في امره وقلنا بزوال موقوف فان اسلم جعل العارض كان لم يكن في حق هذا الحكم وصار كان لم يزل مسلما ولم يعمل السبب وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فيعمل السبب عمله وزوال ملكه لا يقال اذا كان كذلك كان الواجب ان لا يخرج المال عن ملكه كما هو مقتضى هذا الدليل في غير هذا الموضع لانا نقول ذلك مقتضاه اذا تساوت الجهتان واقضى الى الشك وههنا ليس كذلك فان جهة الخروج ظن وجهة عدمه دونه فيلزم التوقف وانما قيد بقوله في حق هذا الحكم احترازا عن احباط طاعاته ووقوع الفرقة بينه وبين امراته وتجديد اللعان فان الارتداد بالنسبة اليها قد عمل عمله وقوله وان مات او قتل على ردته اعاده لانه لفظ القدوري والاول كان لفظ ذكره شرحا للكلام وقوله ثم هو مال حربي فيكون فيئا يعني توضع في بيت المال ليكون للمسلمين باعتبار انه مال ضايع وقوله على ما بينا اشارة الى قوله لانه مكلف محتاج الى اخره وقوله ويستند يعني التوريث في كسب الاسلام لوجوده اي لوجود الكسب قبل الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها اي لعدم الكسب قبل الردة ومن شرط وجوده قبلها اي ومن شرط الاستناد التوريث وجود الكسب قبل الردة ليكون فيه توريث المسلم من المسلم لانا لو قلنا بالتوريث فيما اكتسبه في حال الردة لزم توريث المسلم من الكافر وذلك لا يجوز ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة وبقي وارثا الى وقت موته حتى لو حدث له وارث بعد الردة بان اسلم بعض قرابته او ولد له من علوق حادث بعد ردته لا يرث في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وهو رواية الحسن عنه اعتبارا للاستناد يعني ان الردة يثبت بها الارث بعد وجود الاشياء الثلثة الموت والقتل والحكم للحاقه بدار الحرب وان لم يثبت قبل وجودها فاذا وجدت صار كان الوارث ورثه حين الردة فلاجل هذا اشترط ان يكون وارثا الى وجود احدها وعنه اي عن ابي حنيفة وهي رواية ابي يوسف عنه انه يرثه من كان وارثا له عند الردة ثم لا يبطل استحقاقه بموته اي بموت الوارث بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت في التوريث ومن مات من الورثة بعد موت المورث قبل قسمة ميراثه لا تبطل استحقاقه ولكن يخلفه وارثه فيه لان الردة فهذا كذلك وعنه اي عن ابي حنيفة رحمه الله وهو رواية محمد قيل وهو الاصح انه يعتبر وجود الوارث عند الموت يعني احد الامور الثلثة سواء كان موجودا وقت الردة او حدث بعده لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده كما في الولد الحادث من المبيع قبل القبض فانه يصير معقودا عليه بالقبض ويكون له حصة من الثمن قال في النهاية وحاصله ان على رواية الحسن تشترط الوصفان وهما كونه وارثا وقت الردة وكونه باقيا الى وقت الموت او القتل حتى لو كان وارثا ثم مات قبل موت المرتد او حدث وارث بعد الردة فلهما لا يرثان وعلى رواية ابي يوسف تشترط الوصف الاول دون الثاني وعلى رواية محمد تشترط الوصف الثاني دون الاول وترثه امراته المسلمة اذا مات او قتل وهي في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا لانه سبب للهلاك كالمرض فاشبه ردته التي حصلت بها البينونة الطلاق في حالة المرض والطلاق البائن حالة المرض يوجب الارث اذا كانت في العدة فان قيل ابو حنيفة رحمه

يستند التوريث الى ما قبل الردة وذلك يستلزم ان لا يتفاوت الحكم بين المدخول بها وغير المدخول لان الردة موت
وامراة الميت ترث سواء كانت مدخولا بها او لم تكن اجيب بان الموت الحقيقي سبب الارث حقيقة فيستوي
فيه المدخول بها وغيرها واما الردة فانما جعلت موتا حكما ليكون توريث المسلم من المسلم فهي ضعيفة
في السببية فلا بد من تقويتها بما هو من آثار النكاح من الدخول وقيام العدة وقوله بخلاف المرتد عند ابي
حنيفة فان ما اكتسبه في حال ردته فهو فيء عنده وفرق بينهما بقوله لانه لا حراب منها ومعناه فلا قتل
اذ ذاك لما تقدم من الملازمة وحاصل الفرق ان المراة لا تقتل والرجل يقتل ومعناه ان عصمة المال تبع لعصمة
النفس فبالردة لا يزول عصمة نفسها حتى لا تقتل فكذلك عصمة مالها بخلاف الرجل فلما كانت عصمة مالها
باقية بعد ردتها كان كل واحد من الكسبين ملكها فيكون ميراثا لورثتها ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت
وهي مريضة والقياس ان لا يرثها لان فرار الزوج انما كان يتحقق اذا مات وهي في العدة الا يرى انه لو طلقها
قبل الدخول بها في مرضه لم يكن لها الميراث لانها ليست في عدة ثم ههنا لا عدة على الرجل فينبغي ان لا يرثها
الزوج ووجه الاستحسان ما اشار اليه بقوله لقصدها ابطال حقه وبيانه ان حقه تعلق بمالها بمرضها فكانت
بالردة قاصدة ابطال حقه فارة عن ميراثه فيرد عليها قصدها كما في جانب الزوج بخلاف ما اذا كانت
صحيحة حين ارتدت لانها بانت بنفس الردة فلم يصر مشرفة على الهلاك لانها لا تقتل بخلاف الرجل فلا
يكون في حكم الفارة المريضة فلا يرثها زوجها منها **قال** وان لحق بدار الحرب مرتدا اي لحق المرتد بدار الحرب
وحكم القاضي بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في حالة الاسلام
الى ورثته المسلمين عندنا وقال الشافعي يبقى ماله موقوفا وهو احد اقواله لانه نوع غيبة فاشبه الغيبة في الاسلام دار
والجامع كونه غيبة كما ترى وهو ضعيف جدا ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب حقيقة وحكما اما حقيقة فلانه
من اظهرهم واعتقاده كاعتقادهم واما حكما فلانه لما ابطل احرازه نفسه بدار الاسلام حين عاد الى دار الحرب
صار حربا على المسلمين فاعطي حكم اهل الحرب في دار الحرب وهم كالميت في حق المسلمين قال الله تعالى ومن كان ميتا
فاحييناه ولان ولاية الالزام منقطعة كما هي منقطعة عن الموتى الا ان لحاقه لا يستقر الا بقضاء القاضي لاحتمال
العود الينا فلا بد من القضاء فاذا تقرر موته الحكمي ثبتت الاحكام المتعلقة به وهي ما ذكرنا يعني قوله عتق مدبروه
الى آخره كما في الموت الحقيقي وقوله ثم يعتبر ظاهر والضمير في تقرره للحاق وقبل السبب وهما متقاربان وقوله
هذا رواية عن ابي حنيفة هو رواية زفر عنه رحمهما الله وقوله وعنه اي عن ابي حنيفة انه يبدا بكسب الاسلام وهو
رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله وقوله وعنه اي عن ابي حنيفة ايضا وهو رواية ابي يوسف رحمهما الله على عكسه
وهو ان يبدا في قضاء الدين بكسب الردة وقوله وجه الاول ان المستحق بالسببين المدلايتين مختلف وتقديره
ان المستحق بالسببين مختلف والمؤدى من كسب واحد غير مختلف فالمستحق بالسببين غير مؤدى من كسب
واحد فلا بد من ادائه من كسبين تحقيقا للاختلاف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب المستحق

وهو الدين

وهو الدين فيقضى فاداؤه منه ليكون الغرم بازاء الغنم وقوله وجه الثاني تقريره ان كسب الاسلام ملكه ومحل ما
هو ملكه يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث بعدم الدين واما كسب الردة فليس
بمملوك له لبطلان اهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر بان لم يكن له كسب
الاسلام فان قيل اذا لم يكن ملكه كيف يؤدى منه دينه اجاب بقوله كالذمي اذا مات ولا وارث له [illegible] فيما مطلب
اكتسبه بل يكون ماله لعامة المسلمين ومع ذلك لو كان عليه دين قضي منه وقوله وجه الثالث ان كسب الاسلام
حق الورثة تقريره كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه وقضاء الدين من خالص حقه
اولى منه من حق غيره الا اذا تعذر بان لم يف به فحينئذ يقضى منه من كسب الاسلام تقديما لحقه وفيه
بحث من وجوه الاول ما قيل ان هذا تناقض قوله ما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان اهلية المالك بالردة
والثاني ان كون كسب الاسلام حق الورثة ممنوع فان حقهم انما يكون متعلقا بالتركة بعد الفراغ والثالث
ان قضاء الدين من خالص حقه واجب وفيه من حق غيره ممتنع فلا وجه لقوله فكان قضاء الدين منه اولى
اجيب عن الاول بان المعنى من خلوص الحق ههنا هو ان لا يتعلق حق الغير كما يثبت التعلق في مال المريض ثم
لا يلزم من كونه خالص حقه كونه ملكا له الا يرى ان كسب المكاتب خالص حقه وليس بملك له وكذلك الذمي اذا
مات ولا وارث له على ما ذكرنا آنفا وعن الثاني بان الدين انما يتعلق بماله عند الموت لا بما زال من قبل وكسب
الاسلام قد زال وانتقل بالردة الى الورثة وكسبه في الردة هو ماله عند الموت فيتعلق الدين به وعن
الثالث بان كسب الاسلام بعرضية ان يصير خالص حقه بالتوبة وكان احدهما خالص حقه والآخر بعرضية
ان يصير خالص حقه ولا شك ان قضاء الدين من الاول اولى هذا على طريقة ابي حنيفة وعندهما يقضى دينه
من الكسبين جميعا لانهما جميعا ملكه حتى يجري الارث فيهما على ما تقدم من مذهبهما **قال** وما
باع او اشتراه ذكر التصرفات التي اختلف علماؤنا في نفاذه وتوقفه وقال وهذا عند ابي حنيفة وانما قال
كذلك لان المسئلة من مسائل القدوري وليس الخلاف فيه مذكورا في هذا الموضع وبين اقسام تصرفات المرتد
وهو واضح الا ما نذكره فقوله يجوز ما صنع في الوجهين يريد باحدهما الاسلام وبالثاني الموت او القتل
او اللحاق وقوله لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية تشير بقوله كالاستيلاد والطلاق فقوله الى حقيقة الملك
يعني في الاستيلاد فلو ولدت جاريته فادعى نسبه يثبت نسبه ويرثه هذا الولد مع ورثته وكانت
الجارية ام ولد له لان حقه في مالها اقوى من حق الاب في جارية ولده واستيلاد الاب صحيح فكذلك استيلاد المرتد
حيث لا يحتاج الى حقيقة الملك وانما يكتفى فيه بحق الملك وقوله وتمام الولاية يعني في الطلاق فانه يصح من
العبد مع قصور الولاية على نفسه فان قيل الفرقة تقع بين الزوجين بالارتداد فكيف يتصور الطلاق من المرتد
اجيب بان المرتد يقع طلاقه كما لو ابان الرجل امراته ثم طلقها طلاقا ثانيا على ما عرف وعلى انه يحتمل ان يوجد
الارتداد ولا يقع الفرقة كما ارتدا معا وقوله لانه اي كل واحد من النكاح والذبيحة يعتمد الملة ولا ملة له لانه

ترك ما كان عليه ولا يقر على ما دخل فيه لوجوب القتل واستشكل بان المراد بالملة ان كان الاسلام ينتقض
بنكاح اهل الكتاب وذبائحهم وان كان المراد بها الملة السماوية ينتقض بصحة نكاح المجوس والمشركين
فيما بينهم فانه ليس لهم ملة سماوية ولا مقررة ولا محرفة وقد حكم بصحة نكاحهم ولهذا يحكم القاضي بالنفقة
والسكنى وجريان التوارث بين الزوجين منهم واجيب بان المراد بالملة ما يدينون به نكاحا يقرون عليه
ويجري به التوارث بين الزوجين لان ما هو الغرض من النكاح يحصل عند ذلك وهو التوالد والتناسل و
المرتد والمرتدة ليسا على تلك الملة فلا يصح نكاحهما لان المرتد يقتل والمرتدة تحبس فكيف يتم لهما هذه
الاغراض من النكاح بخلاف المجوس واهل الشرك فانهم كانوا دينا يقرون عليه قبل الاسلام وبعده ان لم يكن المراة
من محارمه فكانت المصالح منتظمة وقوله كالمفاوضة معناه ان المرتدان فاوض مسلما توقف فان
اسلم نفذت المفاوضة وان مات او قتل او قضي بلحاقه بدار الحرب بطلت المفاوضة بالاتفاق وقوله وهو
ما عددناه يعني قوله وما باعه او اشتراه الى آخره وقوله على ما قررناه اشارة الى قوله لانه مكلف محتاج
الى آخره وقوله ولهذا لو ولدت له ولد لستة اشهر بعد الردة لستة اشهر توضيح لوجود ملك المرتد يعني فلو كان
الملك زائلا لما ورثه هذا الولد لكون علوقه بعد الارتداد وقوله ولو مات ولده بعد الردة يعني لو مات
ولده المولود قبل الردة بعدها قبل موت المرتد لا يرثه فلو لم يكن ملكه قائما بعد الردة لورثه هذا الولد
لانه كان حيا وقت موت الاب فاذا ثبت وجود الاهلية وقيام الملك يصح نص في كل على الاختلاف
المذكور في الكتاب وقوله على ما قررناه في توقف الملك اشارة الى ما قدمه من قوله ولهذا انه حربي مقهور تحت
ايدينا وتوقف التصرفات بناء عليه اي على توقف الملك وقوله لتوقف حاله اي حال الحربي بين الاسترقاق والقتل والمن
وقوله فكذلك المرتد يعني حاله متوقف بين القتل والاسلام ثم هناك ان استرق او قتل بطل وان ترك نفذ فكذلك هاهنا
فاعترض عليه بان الحربي الذي دخل دارنا بغير امان يكون فيئا فكيف يتوقف تصرفاته وقوله والاستحقاق القتل
جواب عن قولهما ولا خفاء في الاهلية وتقريره لا نسلم وجود الاهلية لان الصحة تقتضي اهلية كاملة
وليست بموجودة في المرتد كما انها ليست بموجودة في الحربي لان كل واحد منهما يستحق القتل لبطلان
سبب العصمة وهو كونه آدميا مسلما وذلك يوجب الخلل في الاهلية وقوله في الفصلين يريد به فصل الحربي
وفصل المرتد فان قيل لو كان الاستحقاق القتل موجبا للخلل في الاهلية مؤثرا في توقف التصرفات لكان الزاني المحصن
الذي يستحق القتل وقاتل العمد موقوفة لاستحقاقهما القتل اجاب بقوله لان الاستحقاق في ذلك يعني لان الا
ستحقاق الموجب للخلل هو ما كان باعتبار بطلان سبب العصمة والزاني والقاتل ليس كذلك لان الا
ستحقاق فيهما جزاء على الجناية وقوله وبخلاف المراة جواب عن قولهما وصار كالمرتدة **قال** فان عاد
المرتد بعد الحكم بلحاقه اذا عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه بدار الحرب الى دار الاسلام مسلما فما وجده في يد ورثته من
ماله بعينه اخذه لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه عنه حيث دخل دار الحرب فاذا عاد مسلما احتاج اليه فيقدم عليه

والاعتراف بجواز المن يسقط الاعتراض ح

لكان فهو قاتل ح

اي على الوارث قال شمس الائمة الحلواني في هذا ولو كان هذا بعد موته حقيقة بان احياه الله تعالى واعاده الى الدنيا كان
الحكم فيه هكذا الا انه خلاف العادة بخلاف ما اذا ازاله الوارث عن ملكه فانه لا سبيل له عليهم لان القضاء بعتقهم قد
صح بدليل مصحح وهو قضاء القاضي بلحاقه عن ولاية لانه لو كان في دار الاسلام كان له ان يميته حقيقة فلما
خرج عن ولايته كان له ان يميته حكما فاذا قضى كان قضاؤه عن ولاية نفذ والعتق بعد وقوعه لا يحتمل
النقض ولو جاء مسلما قبل قضاء القاضي بذلك فكانه لم يزل مسلما فامهات اولاده ومدبروه على حالهم لا
يعتقون بقضاء القاضي وما كان يعلم من الديوان فهو الى اجله كما كانت لما ذكرنا يعني من قوله الا انه لا يستقر
لحاقه الا بقضاء القاضي وقوله واذا وطئ المرتد جارية نصرانية ظاهر وقوله فلما قلنا اشارة الى قوله لانه لا يفتقر الى
حقيقة الملك ثم حكم تمام ستة اشهر حكم الاكثر منها وانما قيد بقوله لاكثر من ستة اشهر احترازا عما اذا جاءت به
لاقل من ستة اشهر فان الولد يرث اباه المرتد وان كانت امه نصرانية لانا تيقنا حينئذ بوجوده في البطن
قبل الردة فيكون مسلما تبعا لابيه واما اذا جاءت به لستة اشهر من وقت الردة لم يتيقن بعلوق الولد قبل
فلا يجعل الولد مسلما باسلام الاب قبل الردة واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء
اي المال فيء دون نفسه يجوز ان يكون المال فيئا دون نفسه كشرك العرب وان لحق ثم رجع يعني وان
لحق وحكم القاضي بلحاقه واخذ مالا والحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم
والفرق بين المسئلتين ان الاول مال لم يجر فيه الارث فهو مال الحربي واذا ظهر على مال الحربي فهو فيء لا محالة
والثاني انتقل الى ورثته بقضاء القاضي بلحاقه وكان الوارث مالكا قديما والمالك القديم اذا وجد ماله في الغنيمة
قبل القسمة اخذه مجانا فان لم يكن القاضي حكم بلحاقه والمسئلة بحالها ففي ظاهر الرواية يرد على الورثة ايضا
لانه متى لحق بدار الحرب فالظاهر انه لا يعود فكان ميتا ظاهرا وفي بعض روايات السير يكون فيئا لاحق
للورثة فيه لان الحق لا يثبت لهم الا بالقضاء واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضي به لابنه فكاتبه الابن
ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة والولاء للمرتد الذي اسلم اما جواز الكتابة فلانه لا وجه الى بطلانها لنفوذها
بدليل منفذ وهو قضاء القاضي باللحاق ثم بعد ذلك اما ان يبقى المكاتب على ملك الابن او ينتقل الى الاب لا سبيل
الى الاول لان الكتابة لا تخل بملك الرقبة وقد ذكرنا ان المرتد اذا عاد مسلما اخذ ما وجده بعينه في يد ورثته و
لا الى الثاني لان المكاتب لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك فجعلنا الوارث الذي هو خلفه كالوكيل من جهته لان في
الوكالة خلافة احتيالا لابقاء حكم الحاكم في صحة الكتابة فكانه وكله في كتابة عبده وحقوق العقد فيها اي في
عقد الكتابة ترجع الى الموكل واما ان الولاء للمرتد الذي اسلم فلان الولاء لمن اعتق والعتق انما يحصل منه بعد
اداء بدل الكتابة بخلاف ما اذا رجع مسلما بعد اداء بدل الكتابة لان الملك الذي كان له لم يبق قائما حينئذ **قال** واذا
قتل المرتد رجلا كلام واضح وقوله لانعدام النصرة يعني ان التعاقل انما يكون باعتبار التناصر ولا احد لا ينصر المرتد
فتكون الدية في ماله كسائر ديونه وماله هو المكتسب في حال الاسلام دون الردة عند ابي حنيفة وعندهما الكسبان

فانه لا سبيل له عليه لا ازالة الرق وقت كان فيه سبيل من الازالة فنفذت و بخلاف امهات الاولاد والمدبرين ج ج

جبعاله فقوله وعنده مال المكتسب مبتداه وخبره وكان المقام مقتضيا لضمير الفصل ليفصله عن الصفة وقوله
اما الاول يعني ما اذا مات على ردته وقوله فاهدرت يعني السراية لانا لو لم نهدر لوجب القصاص في العمد والدية الكاملة
في الخطاء لان قطع اليد صار نفسا بخلاف ما اذا قطع يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك فانه لا يضمن القاطع شيئا وان
كان معصوما وقت السراية لان الاهدار لا يلحقه الاعتبار يعني اذا لم يقع معتبرا ابتداء لا ينقلب معتبرا بعد ذلك
لان غير الموجب لا ينقلب موجبا اما المعتبر فقد يهدر بالابراء فكذلك بالردة وقوله فان لم يلحق واسلم يعني
اذا قطع يد المسلم ثم ارتد والعياذ بالله ولم يلحق بدار الحرب ثم اسلم ثم مات فعليه الدية كاملة وقوله في جميع
ذلك فيما اذا مات على ردته او لحق ثم جاء مسلما او لم يلحق واسلم وقوله لان اعتراض الردة اهدر السراية
فلا ينقلب بالاسلام الى الضمان دليله ان الردة يعني لو مات عليها لم يجب بالسراية شيء فكذلك اذا لم يمت
عليها كعبد اذا قطع يده ثم باعه المولى ثم اشتراه او تفاسخا البيع ثم مات العبد لم يجب الا دية اليد كما لو
مات على البيع لان البيع لو مات عليه لم يجب بالسراية شيء لان الاقدام على البيع ابراء عن الجناية من حيث
المعنى وصار كما اذا قطع يد مرتد فاسلم سواء مات من القطع او لم يمت لا يجب ضمان النفس في الاول ولا ضمان
اليد في الثاني بناء على الاصل لما ان المهدر لا يلحقه الاعتبار ولهما ان الجناية وردت على محل معصوم لان
الفرض انه قطع يده وهو مسلم وتمت على محل معصوم لان الفرض انه لم يلحق واسلم فيجب ضمان النفس في الباقي
ظاهر وقوله وصار كقيام الملك في حال انعقاد اليمين يعني اذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر ثم باعه ثم اشتراه
ثم دخل الدار عتق اما لو عدم الملك عند اليمين او عند الحنث لم يعتق وفرق بين الردة والبيع بان الردة
ليست بابراء ولا مستلزمة لها لانها وضعت لتبديل الدين وتصح من غير ابراء الا انه اذا مات على ذلك لم
يجب الضمان لهدر دمه بالردة بخلاف بيع العبد المجني عليه لان البيع وضع لقطع ملكه والضمان بدل ملكه فاذا
قطع الاصل قصدا فقد قطع البدل ايضا فصار كالابراء وذكر فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير ان قول
محمد وزفر قياس وقول ابي حنيفة وابي يوسف استحسان ولم يذكر في الكتاب ما اذا كان القاطع هو الذي ارتد
فقتل ومات المقطوع يده بالسراية مسلما وحكمه انه ان كان عمدا فلا شيء له لان الواجب في العمد القود وقد فات
محله حين قتل على ردته او مات وان كان خطا فعلى عاقلة القاطع دية النفس لانه عند الجناية كان مسلما ودية
المسلم اذا كان حرا على عاقلته وتبين بالسراية ان جنايته كانت قتلا فلهذا كان على عاقلته دية النفس وان
كانت الجناية منه في حال الردة كانت الدية في الخطا في ماله لما بينا ان المرتد لا يعقله احد وقوله واما عند ابي
حنيفة رحمه الله يحتاج الى الفرق بين المرتد الحر والمكاتب حيث لم يجعل كسبه ملكا له اذا كان حرا وجعله ملكا له
اذا كان مكاتبا وجه الفرق ما ذكره ان المكاتب يملك اكسابه بعقد الكتابة وعقد الكتابة لا يتوقف بالردة لانه لا
يتوقف بحقيقة الموت فكذا باللحاق الذي هو شبهة الموت واذا لم يتوقف العقد لم يتوقف الاكساب الحاصلة
بسببه واستوضح ذلك بقوله الا يرى انه اي المكاتب لا يتوقف تصرفه بالاقوى وهو الرق فكذا بالادنى يعني الردة

معنى ح

جنايته ح

بل صارت ملكا للمكاتب

بل يكون نافذا

بالطريق

بالطريق الاولى وانما كان الرق اقوى من الردة في المانعية عن التصرف لان بعض تصرفات المرتد نافذ بالاجماع كالا
ستيلاد والطلاق وعندهما عامة تصرفاته نافذة كالبيع والشراء وغيرهما واما العبد فممنوع عن التصرفات
كلها ثم لما لم يتوقف تصرف المكاتب مع كونه رقيقا لم يتوقف تصرفه ايضا مع انه مرتد اولى قال صاحب النهاية قلت
لشيخي رحمه الله في هذا لا يلزم من عدم منع الرق المكاتب عن التصرف وعدم منع الردة عنه لانه اذا لم يمنعه
كل واحد منهما على الانفراد جاز ان يمنعاه عند الاجتماع لان للاجتماع تاثيرا كما في الشاهدين ثم اجتمع هاهنا
للمكاتب ثلثة اوصاف كونه مكاتبا ورقيقا ومرتدا فجاز ان يكون ممنوعا عند اجتماع هذه الاوصاف
فقال رحمه الله اما الكتابة فهي مطلقة للتصرف لا مانعة واما الرق والردة فكل واحد منهما علة في المنع عن التصرف
بانفراده فلا يثبت الرجحان بزيادة العلة كما اذا اقام احد المدعيين اربعة من الشهود بل الرجحان انما
يثبت بوصف في العلة لا بالعلة نفسها الى هذه لفظه واري ان الجواب بحسب النظر غير مطابق للسوال
لانه ما يرد السوال من حيث ان احدى علتي المنع تعارض الاطلاق فيترجح بالاخرى بل يرد من حيث انهما
عند الاجتماع لم لا يجوز ان يكونا مانعا عن التصرف بناء على ان الهيئة الاجتماعية لها من الخواص ما ليس لكل من
الافراد ولعل الهيئة الاجتماعية انما يكون لها زيادة تاثير اذا امكن ان يحصل من تركبها امر خارجي او
اعتباري حقيقي لا فرضي ولا يمكن ذلك من الرق والردة قال واذا ارتد الرجل وامراته والعياذ بالله
فقوله فحبلت المراة في دار الحرب تقييده بدار الحرب اتفاقي فانها ان حبلت في دارنا ثم لحقت به بدار
الحرب فالجواب كذلك ولعله ذكره لفائدة وهي ان العلوق اذا كان في دار الحرب كان ابعد عن الاسلام واذا
كان في دار الاسلام كان اقرب اليه باعتبار الدار لكون الدار جهة في الاستتباع فالجبر هناك يكون جبرا هاهنا
بالطريق الاولى وكلامه ظاهر وقوله ولا يجبر ولد الولد هو ظاهر الرواية ووجهه انه لو كان مسلما تبعا للجد
كان تبعا لجد جده فحينئذ يكون الناس كلهم مسلمين بتبعية آدم عم ولو كان تبعا لابيه وهو تبع لكان التبع
مستتبعا لغيره وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يجبر تبعا للجد لان التبعية في حق الاب للتفرع والتفرع ثابت
في حق الجد ولهذا كان بمنزلة الاب في النكاح وبيع مال الصغير وقوله كلها على الروايتين يعني في ظاهر الرواية
لم يجعل الجد بمنزلة الاب في تلك المسائل وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة جعل الجد فيها بمنزلة الاب اما صيرورة الولد
مسلما باسلام جده فهي ما ذكرنا واما صورة صدقة الفطر فهي ان الاب اذا كان فقيرا او عبدا او مجنونا او ميتا هل
يجب فطرة الحافد عليه ولا واما صورة جر الولاء فلانه اذا اعتق الجد والحافد حر والاب رقيق هل يكون
ولاء الحافد لمولى الجد اولا يكون وصورة الوصية للقرابة اذا اوصى رجل لذي قرابته لا يدخل الوالدان فهل
هل او لا على الروايتين وذكرناها هذه المسائل في شرح الفرائض السراجية وشرح رسالتنا وقوله وارتداد
الصبي الذي يعقل ارتداد يعني يجري عليه احكامه فيبطل نكاحه ويحرم عن الميراث ويجبر على الاسلام ولا يقتل
وان ادرك كافرا ويحبس وتوجيه تحرير المذاهب في الكتاب ظاهر وقوله لهما اي لزفر والشافعي انه اي الصبي الذي

رابعة اربع مسائل كلها على الروايتين

بموت الجد ح

تعقل تبع لابويه فيه اى فى الاسلام فلا يجعل اصلا تعني بصحة الاسلامه بطريق التبعية للابوين فلا يصح بطريق
الاصالة لان التبعية دليل العجز والاصالة دليل القدرة وبين القدرة والعجز تناف واحد المتنافيين وهو الاسلام
بطريق التبعية موجود بالاجماع فينتفى الاخر ضرورة وقوله ولانه يلزمه دليل اخر وهو واضح وقوله وافتخاره
به مشهور يشير الى ما قال رضى الله عنه سبقتكم الى الاسلام طرا غلاما ما بلغت اوان حلمى واختلفت الرواية
فى سنه حين اسلم وحين مات قال جعفر بن محمد اسلم وهو ابن خمس سنين ومات وهو ابن ثمان وخمسين
سنة لان النبى عليه السلام دعاه الى الاسلام فى اول مبعثه ومدة البعث ثلثة وعشرون سنة والخلافة بعده
ثلاثون انتهت بموت على فاذا ضممت خمسا الى ثلث وخمسين صار ثمانيا وخمسين وقال القتيبى اسلم وهو ابن سبع سنين
ابن ستين وقوله ولانه اتى بحقيقة الاسلام دليل اخر وهو ظاهر وقوله وما يتعلق به مبتداء وقوله سعادة
ابدية خبره وتجوز ان يكون معطوفا على التصديق اى هو التصديق الاصلى وهو ما يتعلق وتجوز ان
يكون خبر محذوف وتجوز ان يكون مبتداء وخبره قوله هو الحكم الاصلى على تقدير ان يكون بغير واو وهو
جواب عن قوله ولانه يلزمه احكام يشوبها المضرة وعورض بانه لو صح اسلامه ينفذ وقع فرضا لانه لا نفل
فى الايمان ومن ضرورة كونه فرضا ان يكون مخاطبا به وهو غير مخاطب بالاتفاق فاذا لم يمكن تصحيحه فرضا
لم يصح بخلاف ساير العبادات فانه يتردد بين الفرض والنفل والجواب انا لا نسلم ان من ضرورة كونه فرضا
ان يكون مخاطبا فان المسافر اذا حضر الجمعة وصلى وقع فرضا وليس بمخاطب به ومن صلى فى اول الوقت وقع فرضا
وهو ليس بمخاطب عندنا فى ذلك الوقت والجواب عن قولهما انه تبع لابويه فيه فلا يجعل اصلا ان احدى الجهتين معتبرة
بالاخرى فلا يكونان متنافيين وذلك كالجندى اذا سافر مع السلطان ونوى السفر فهو مسافر بنيته
مقصودة وتبعا للسلطان ايضا وقوله ولهما اى لابى يوسف وزفر والشافعى رحمهم الله وقوله ولابى حنيفة
ومحمد رحمهما الله فيهما اى فى الردة انها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا فى الاسلام فان قيل الردة يكون
بالعفو عنها وذلك قبيح كما ان دخول الاسلام انما يكون بالحجر عنه وهو كذلك واعترض بان هذا اعتبار ما هو مضرة
محضة بما هو منفعة محضة وذلك جمع بين الشيئين بالعلة مع فرق الشارع بينهما ومثله فاسد الوضع على ما
عرف فى الاصول والجواب بان هذا قياس لوجود شىء وتحققه بوجود شىء آخر وتحققه فى عدم جواز الرد
ولا نسلم ان الشارع فرق بينهما وقوله لانه يجبر على الاسلام هذا جواب الاستحسان وفى القياس يقتل الردة بعد
اسلامه وقوله لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم قال فى النهاية فيه نظر لانه لا يسقط
عقوبة القتل عن الصبى المرتد مرحمة لصباه والله تعالى ارحم الراحمين وهو لم يرحم عليه حتى عاقبه فى النار
مخلدا كساير الكفار وذلك منصوص عليه فى الاسرار والجامع الصغير للامام التمرتاشى ومشار اليه فى المبسوط
ثم قال فالوجه ما يعلل به فى عدم قتل الصبى المرتد ما ذكرناه من تعليل المبسوط وهو قوله وانا لا نقتل لقيام الشبهة
بسبب اختلاف العلماء فى صحة اسلامه فى الصغر باب البغاة اخر هذا الباب عن باب المرتد لقلة وجوده

فالبغاة

فالبغاة جمع الباغى كالقضاة جمع القاضى واذا تغلب قوم من المسلمين وخرجوا من طاعة الامام دعاهم الى
العود الى الجماعة وكشف عن شبهتهم وذلك بطريق الاستحباب فان اهل العدل لو قاتلوهم من غير دعوة الى
العود لم يكن عليهم شىء لانهم علموا ما يقاتلون عليه فحالهم فى ذلك كحال المرتدين واهل الحرب الذين بلغتهم
الدعوة لان عليا رضى الله عنه فعل ذلك باهل حروراء بالحاء المهملة ممدودا ومقصورا قرية بالكوفة كان بها
اول تحكيم الخوارج واجتماعهم بسبب تحكيم على ابا موسى الاشعرى بينه وبين معاوية قائلين ان القتال
واجب لقوله تعالى فقاتلوا التى تبغى الاية وعلى ترك القتال بالتحكيم وهو كفر لقوله تعالى ومن لم يحكم بما انزل الله
فاولئك هم الكافرون وذلك انه رضى الله عنه انفذ ابن عباس رضى الله عنهما ليكشف شبهتهم ويدعوهم الى
العود فلما ذكروا شبهتهم قال ابن عباس رضى الله عنهما هذه الحادثة ليست بادنى من بيض حمام وفيه التحكيم
لقوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم وكان تحكيم على موافقا للنص فالزمهم الحجة واصر آخرون وكلامه واضح
وقوله والمروى عن ابى حنيفة من لزوم البيت يريد به ما روى الحسن عن ابى حنيفة ان الفتنة اذا وقعت
بين المسلمين فالواجب على كل مسلم ان يعتزل الفتنة وتقعد فى بيته لقوله عليه السلام من فر من الفتنة اعتق
الله رقبته من النار محمول على حال عدم الامام اما اذا كان المسلمون مجتمعين على امام وكانوا امنين به
والسبل آمنة فخرج عليه طائفة من المؤمنين فحينئذ يجب على كل من يقوى على القتال ان يقاتلهم نصرة للامام
لقوله تعالى فقاتلوا التى تبغى فان الامر للوجوب وقوله اجهز واتبع على بناء المفعول يقال اجهزت على الجريح
اذا اسرعت قتله وتممت عليه وقوله ولا يقتل اسير هو مقول على رضى الله عنه ولا يكشف ستر اى لا يسبى نساؤهم
الا يرى ان اصحاب على سالوه قسمة ذلك فقال فاذا قسمت فلمن تكون عائشة والقدوة لهم للاقتداء
كالاسوة للايتساء ثم يقال فلان قدوة اى يقتدى به وقوله لما ذكرنا اى قوله ويحبسهم الى قوله دفعا
للشر وقوله ولانهم مسلمون معطوف على قوله لقول على وقوله ما عدم القسمة فلما بينا اشارة الى قول على
ولا يؤخذ مال وقوله لانهم مسلمون وقوله وان عجزوا يعنى اقلع اهل البغى من المصر قبل ذلك اى قبل اجراء احكام
على اهله وقوله فى الوجهين اى فى الوجه الذى قال انا على الحق وفى الوجه الذى انا على الباطل وقوله رواه الزهرى قال الزهرى
وقعت الفتنة واصحاب رسول الله صلى الله عليه كانوا متوافرين فاتفقوا على ان كل دم اريق بتاويل القران فهو
موضوع وكل فرج استحل بتاويل القران فهو موضوع وكل مال اخذ بتاويل القران فهو موضوع ولا
التزام لاعتقاد الاباحة يعنى ان الباغى عنده اموال العادل باقى العادل على الله ولم يعمل بموجب الكتاب
وقوله ولهما فيه اى لابى حنيفة ومحمد فى قتل الباغى العادل وقوله فيعتبر الفاسد اى يعتبر التاويل الفاسد فى دفع
الحرمان وقوله لم يوجد الدافع اى التاويل الدافع للضمان وقوله وليس ببيعه بالكوفة تقييده بالكوفة باعتبار ان
ان البغاة خرجوا فيها اولا والا فالحكم فى غيرها كذلك وقوله الا بالصفة يريد به الحديد لانه انما يصير سلاحا
بعمل غيره فلا ينسب اليه الا يرى انه يكره بيع المعازف جمع معزف ضرب من الطنابير يتخذه اهل اليمن ولا يكره

بيع الخشب لانه انما يصير معزفا بفعل غيره وقوله وعلى هذا بيع الخمر مع العنب اى لا يجوز بيع الخمر ويجوز بيع العنب
والفرق لابي حنيفة بين كراهة بيع السلاح من اهل الفتنة وعدم كراهة بيع العصير ممن يتخذه خمرا سيأتي في بيع
في باب الكراهة ان شاء الله **كتاب اللقيط** لما كان في الالتقاط دفع الهلاك عن نفس اللقيط ذكره عقيب الجهاد
الذي فيه دفع الهلاك عن نفس عامة المسلمين واللقيط اسم لشيء منبوذ فعيل بمعنى مفعول كالجريح وفي الشريعة
اسم لحي مولود طرحه اهله خوفا من العيلة او فرارا من تهمة الزنية مضيعه آثم ومحرزه غانم لان فيه الاحياء و
قد قال تعالى ومن احياها فكانما احيى الناس جميعا فاذا كان بمعنى المفعول تسميته الشيء باسم ما يؤول اليه لانه يلقط
وهو حر في جميع احكامه حتى ان قاذفه يحد وقاذف امه لا يحد كذا في شرح الطحاوي وقوله لان الاصل في بني آدم الحرية
لانهم من آدم وحوا وهما حران والرق انما هو بعارض الكفر على ما تقرر عدم العارض ولان الحكم للغالب والغالب فيمن
يسكن دار الاسلام الحرية وهو المروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما روي عن علي رضي الله انه قال اللقيط حر وعقله
وولاؤه للمسلمين وعن عمر مثله وقوله والخراج بالضمان اى له غنمه وعليه غرمه اى غلة العبد المعيب للمشتري قبل
الرد لانه قبل الرد في ضمانه يقال خراج غلامه اذا اتفقا على ضريبة يؤديها اليه في وقت معلوم وقوله فهو اى في بيت المال
ويقال برع الرجل بالضم اذا فضل على اقرانه ومنه يقال المتفضل المتبرع وقوله الا ان يامره القاضي به ليكون
دينا عليه لعموم الولاية في قوله وليكون دينا اشارة الى انه انما يصير دينا اذا قال ذلك وفي اصح ابنا من قال مجرد
امر القاضي بالانفاق عليه يكفي ولا يشترط ان يقول على ان يكون ذلك دينا عليه لان امر القاضي نافذ عليه كامر نفسه ان
لو كان من اهله ولو كان من كل امر غيره بالانفاق عليه كان ما ينفقه دينا عليه فكذا امر القاضي والاصح ان لا يرجع
ما لم يقل القاضي ذلك لان مطلقه محتمل قد يكون للترغيب في اتمام ما شرع فيه من التبرع وانما يزول هذا اذا شرط ان
يكون دينا عليه وقوله ههنا اذا لم يدع الملتقط نسبه يعني اذا ادعاه الملتقط ورجل آخر فالملتقط اولى لانهما استويا
في الدعوى وللاحدهما يد وكان صاحب اليد اولى وقوله ثم قيل يصح في حقه اى في حق النسب فقيل بنى عليه بطلان
يده لان من ضرورة ثبوت النسب ان يكون هو احق بحفظه واده من غيره وقوله ولو ادعاه الملتقط اى ولو
ادعى الملتقط نسب اللقيط وقال ابني بعد ما قال انه لقيط قبل يصح قياسا واستحسانا لانه لم يبطل بدعواه
حق واحد ولا منازع له في ذلك والاصح انه على القياس والاستحسان اى على اختلاف حكم القياس مع حكم الاستحسان
يعني في القياس لا يصح وفي الاستحسان يصح كما في دعوى غير الملتقط لكن وجه القياس ههنا غير وجه القياس
في دعوى غير الملتقط وجه القياس في دعوى غير الملتقط تضمن ابطال حق الملتقط فلذلك لم يصح دعواه ووجه
القياس في دعوى الملتقط هو تناقض كلامه لانه لما زعم انه لقيط كان نافيا نسبه لانه ابنه لا يكون لقيطا في يده ثم
ادعى انه ابنه وكان مناقضا وفي الاستحسان يصح دعوته لان هذا اقرار على نفسه من وجه حيث يلزمه نفقته ويجب عليه
ان يحفظه فهو في الاقرار يكتسب له وبالالتقاط يثبت له هذه الولاية ثم قوله انه متناقض قلنا نعم ولكن فيما طريقه طريق
الخفاء فقد تشتبه على الناس حال ولد الصغير ويظن انه لقيط ثم يتبين بعد ذلك انه ولده والتناقض لا يمنع ثبوت النسب

كالملاعن

كالملاعن اذا اكذب نفسه وان ادعاه اثنان ووصف احدهما علامة في جسده فهو اولى به اى يجب على الملتقط ان
يدفع اللقيط الى الذي وصف علامة في جسده واصاب في وصفه لان الواصف اولى بذلك اللقيط فان قيل ما الفرق
بين اللقيط واللقطة فان اللقطة اذا تنازع فيها اثنان ووصف احدهما ولم يصف الآخر فانه لا يقضى لصاحب
الوصف بل اذا انفرد الواصف يحل للملتقط ان يدفعها اليه ولا يلزمه وههنا يلزم واجيب بان الفرق بينهما
هو ان اصابة الوصف امر محتمل يحتمل انما اصاب لانه له ويحتمل انه اصاب لانه رآه في يد غيره والمحتمل لا يصلح سببا
للاستحقاق على الغير لكنه يصلح مرجحا لسبب الاستحقاق كاليد في دعوى النتاج اذا ثبت هذا فنقول في فصل
اللقيط قد وجد ما هو سبب الاستحقاق وهو الدعوى لانها سبب الاستحقاق في حق اللقيط لا يرى انه لو انفرد بدعوى
اللقيط قضي له به كما لو اقام البينة فيعتبر لترجيح سبب الاستحقاق واما في اللقطة فالدعوى ليست
بسبب الاستحقاق حتى يترجح بالوصف فلو اعتبر الوصف اعتبر لاصل الاستحقاق والوصف لا يصلح سببا
له فافترقا وقوله واذا وجد في مصر من امصار المسلمين على ما ذكره في الكتاب ظاهر وقال في النهاية والمسألة
في الحاصل على اربعة اوجه احدها ان يجده مسلم في مكان المسلمين كالمسجد ونحوه فيكون محكوما له بالاسلام
والثاني ان يجده كافر في مكان اهل الكفر كالبيعة والكنيسة فيكون محكوما له بالكفر لا يصلي عليه اذا مات والثالث
ان يجده كافر في مكان المسلمين والرابع ان يجده مسلم في مكان الكافرين ففي هذين الفصلين اختلفت الرواية
ففي كتاب اللقيط يقول العبرة للمكان في الفصلين جميعا كذا في المبسوط وقوله وفي بعض النسخ اى في بعض نسخ
دعوى المبسوط وقوله ومن ادعى ان اللقيط عبده ظاهر فان قيل البينة لا تقبل الا على خصم منكر ولا خصم
ههنا لان الملتقط ليس بولي فلا يكون خصما عنه اجيب بان الخصم هو الملتقط باعتبار يده لانه يمنعه عنه ويزعم
انه احق بحفظه فلا يتوصل المدعي الى استحقاق يده عليه الا باقامة البينة فان ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه
لان دعواه تضمنت شيئين النسب وهو نفع للصبي لانه يحصل له الشرف بثبوت النسب والرق وهو مضرة
فيثبت الاول دون الثاني لان الاول لا يستلزمه لان المملوك قد تلد له الحرة فلا يبطل له الحرية الظاهرة
بالشك ويمكن ان نقرر بجعل كلامه محتملين على مطلوبين احدهما انه يثبت نسبه لانه ينفعه وكل ما ينفعه
يثبت له والثاني انه حر لان المملوك قد يلد له الحرة فلا يكون عبدا وقد يلد له الامة فيكون عبدا والظاهر
في بني آدم الحرية فلا يبطل بالشك **قال** والحر في دعوته اللقيط اولى من العبد اذا ادعى اللقيط الحر والعبد
وهما خارجان او المسلم والذمي وهما خارجان دعوى مجردة فالحر اولى من العبد والمسلم اولى من الذمي
وكذلك ان اقاما البينة وليست احديهما اكثر اثباتا فكان المسلم اولى واما اذا كانت بينة الكافر اكثر
اثباتا فلا يعتبر الترجيح بالاسلام فلو ادعى الذمي صبيا في يد رجل انه ابنه ولد على فراشه واقام
على ذلك شاهدين مسلمين واقام عبد مسلم بينة انه ابنه ولد على فراشه من هذه الامة قضي بالصبي للذمي و
لم يترجح العبد بالاسلام لان بينة الذمي اكثر اثباتا لانها يثبت النسب بجميع احكامه واما اذا كانت النزاع

وفي رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله العبرة للواجد في الفصلين جميعا

الملتقط والخارج فالترجيح باليد لقوتها فان الملتقط اذا كان ذميا فهو اولى من المسلم الخارج واذا وجد
مع اللقيط مال مشدود عليه او على دابة هو عليها فهو له وكذا الدابة اعتبارا للظاهر لان اللقيط في دار
الاسلام لما كان حرا كان من اهل الملك فما كان معه فهو له ظاهرا لعدم اليد الثابتة عليه اصلا القبض الذي
عليه فان قيل الظاهر يكفي للدفع لا للاستحقاق فلو ثبت الملك للقيط بهذا الظاهر كان الظاهر حجة مثبتة
وليس كذلك اجيب بان هذا الظاهر يدفع دعوى الغير وقوله ثم يصرفه الواجد اليه ظاهر وقوله والموجود
في كل واحد اي من الملتقط والام احدهما لان للملتقط رايا كاملا ولا شفقة له وللام شفقة كاملة
ولا راي لها وقوله لانه من باب تثقيفه التثقيف تقويم المعوج بالثقاف وهو ما يسوى به الرماح
ويستعار للتاديب والتهذيب وقوله بخلاف الام لانها لا تملكه اي تملك الاجارة فانها تملك
استخدام ولدها واجارته **كتاب اللقطة** اللقيط واللقطة متقاربان لفظا ومعنى
وخص اللقيط ببني آدم واللقطة بغيرهم للتمييز بينهما وقدم الاول لشرف بني آدم اللقطة وهو
الشيء الذي يجده ملتقى فيأخذه امانة اذا اشهد الملتقط انه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها
لان الاخذ على هذا الوجه ماذون فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء ~~وقوله بل هو الافضل عند~~
~~عامة العلماء~~ وقوله بل هو الافضل عند عامة العلماء احترازا عن قول من يقول انه اخذ مال الغير بغير اذن
صاحبه وذلك حرام شرعا وعن قول من كان يقول اخذه جائز وتركه افضل لان صاحبها انما يطلبها في الموضع
الذي سقطت عنه فاذا تركها وجدها صاحبها في ذلك الموضع وهو الواجب اذا خاف الضياع على ما قالوا
والحاصل ان اللقطة عند عامة العلماء على نوعين ما يكون اخذه واجبا وهو ما اذا خاف الضياع و
استدل على ذلك بقوله تعالى والمؤمنون والمؤمنات بعضهم اولياء بعض واذا كان وليا وجب عليه حفظ
ماله وبان حرمة مال المسلم كحرمة دمه فاذا خاف على ماله الضياع وجب حفظه وكذلك اذا خاف على مال
غيره وما لا يكون واجبا وهو ما اذا لم يخف الضياع فقيل رفعه مندوب اليه لقوله تعالى وتعاونوا على البر
والتقوى ولانه لو تركها لا يؤمن ان يصل اليها يد خائنة فيمنعها عن مالكها وقيل تركه افضل لما ذكرنا
ان صاحبها انما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه والاول ظاهر المذهب واذا كان كذلك اي اذا كان
اخذها ماذونا فيه شرعا لا يكون مضمونة عليه كذا في بعض الشروح وهو لا يناسب قوله وكذا اذا
تصادقا والظاهر ان معناه واذا اشهد الملتقط انه يأخذها الى آخره لا يكون مضمونة عليه لانه لم يأخذ
لنفسه ويجوز ان يكون معناه واذا كانت امانة لا يكون مضمونة عليه وكذا اذا تصادق المالك والملتقط
الملتقط انه اخذها لنفسه ضمن بالاجماع لانه اخذ مال غيره بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد
الشهود عليه وقال الآخذ اخذتها للمالك وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
لا يضمن والقول قوله لما عدم الضمان الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية لان فعل المسلم محمول

فلا

والملتقط انه اخذها للمالك لان تصادقهما حجة في حقهما وصار كما اذا اقام الملتقط البينة على انه اخذها ليوصلها الى المالك

على ما يحل له شرعا لا على ما لا يحل فيحمل مطلق فعله عليه وهذا الدليل الشرعي قائم مقام الاشهاد عليه
واما ان القول قوله فلان صاحبها يدعي عليه سبب الضمان ووجوب القيمة في ذمته وهو ينكره والقول قول
المنكر مع يمينه كالمودع على الغصب وقوله ولهما انه اقر بسبب الضمان ظاهر قيل هذا الاختلاف في الاشهاد
فيما اذا امكنه ان يشهد اما اذا لم يجد احدا يشهده عند الرفع او خاف انه لو اشهد عنده يأخذه منه الظالم
فترك الاشهاد لا يكون ضمانا بالاتفاق وان وجد من يشهده فلم يشهد حتى جاوزه ضمن لانه ترك الاشهاد مع القدرة
عليه وقوله ويكفيه في الاشهاد ان يقول الخ ظاهر وقوله وهذه رواية عن ابي حنيفة يشير الى انها ليست ظاهر الرواية
فان الطحاوي قال واذا التقط لقيطة فانه يعرفها سنة سواء كان الشيء نفيسا او خسيسا في ظاهر الرواية
وقوله كانت مائة دينار تساوي الف درهم يريد به ما روى البخاري في الصحيح مسندا الى ابي بن كعب قال
اخذت صرة مائة دينار فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد من يعرفها ثم اتيته
فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد ثم اتيته ثلاثا فقال احفظ وعاءها وعددها ووكاءها فان جاء صاحبها
والا فاستمتع وفيه نظر لان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وقوله هذا الحديث يدل على ان
التعريف يكون حولين وليس في ذلك شرط بالاجماع فيكون ساقط الدلالة على المراد وقوله وقيل الصحيح
ان شيئا من هذه المقادير اشارة الى ما اختاره شمس الائمة السرخسي رحمه الله وقوله كالنواة وقشور الرمان
يعني اذا كان في مواضع مختلفة فجمعها وصار لكثرتها لها قيمة فانه يجوز له الانتفاع بها لان القيمة
ظهرت بالاجتماع والاجتماع حصل بصنعه ولكنه لا يملكها حتى ان صاحبها اذا وجدها في يده بعدما
جمعها جاز ان يأخذها لان الالقاء متفرقا دليل على الاذن لا على التمليك لان التمليك من المجهول لا يصح وذكر
في المحيط فاما اذا كانت مجتمعة في موضع فلا يجوز الانتفاع بها لان صاحبها لما جمعها فالظاهر انه
ما القاها **قال** فان جاء صاحبها يعني جاء صاحبها بعد التعريف دفعها اليه ايضالا لعين حقه المستحق للرفع
اليه والا اي وان لم يجئ فهو بالخيار ان شاء تصدق بها ايصالا للعوض المستحق وهو الثواب على اعتبار
اجازة التصدق بها على مستحقه وان شاء امسكها رجاء الظفر بصاحبها فان جاء صاحبها بعدما تصدق
بها الملتقط باذن الحاكم فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق وان حصل باذن
الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته فان قيل التوقف على الاجازة يقتضي قيام المحل عندها كما في بيع الفضولي
وليس بلازم حتى لو اجاز المالك بعد هلاكها صحت الاجازة اجاب بان الملك يثبت للفقير قبل الاجازة لان الملتقط
لما كان ماذونا في التصدق شرعا فملك الفقير يثبت بنفس الاخذ لان التصدق من اسباب الملك فلم يتوقف ثبوت
الملك على وجود المحل عند الاجازة فان قيل لو ثبت الملك للفقير قبل الاجازة لما ثبت للمالك حق الاخذ اذا
كان قائما في يد الفقير اجيب بان ثبوت الملك لا يمنع صحة الاسترداد كالواهب يملك الرجوع بعد ثبوت الملك للموهوب له
وكالمرتد اذا عاد من دار الحرب مسلما بعدما قسمت امواله بين ورثته فانه يأخذ ما وجده قائما بعد ثبوت

الملك لهم بخلاف بيع الفضولي فان الملك فيه للمشتري انما يثبت بعد اجازة المالك سعه فلا بد من قيام
المحل لئلا يلزم تمليك العين المعدومة وكما يشترط قيام المحل يشترط قيام البايع والمشتري والمالك ايضا
وسيجيء تمامه في البيوع ان شاء الله وان شاء ضمن الملتقط وهو ظاهر فان قيل كيف يصح تضمينه وقد
تصدق بها باذن الشرع اجاب بقوله لانه اي الاباحة من جهة الشرع يعني ان الاذن كان اباحة منه
لا الزاما ومثل ذلك الاذن يسقط الاثم لا في الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة
وان شاء ضمن المسكين لما ذكره في الكتاب وهو واضح فان كان العين قايمة اخذها لانه وجد عين ماله
وحاصله ان المالك ان لم يجز الصدقة فلا يخلو اما ان يكون اللقطة قايمة في يد الفقير او هالكة فان
كانت قايمة اخذها وان كانت هالكة فان شاء ضمن الملتقط وان شاء ضمن الفقير وايهما ضمنه
لا يرجع على صاحبه بشيء فان كلا منهما ضامن بفعله الملتقط بالتسليم بغير اذن المالك والفقير بالتسلم
بدونه لا يقال الفقير مغرور من جهة الملتقط فيرجع عليه لان التغرير اذا لم يكن في ضمن عقد لا
يوجب شيئا وقوله ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر ظاهر سوى الفاظ نذكرها وقوله والاباحة اي
اباحة الاخذ وقوله واذا كان معها اي مع اللقطة ما يدفع بها عن نفسها يعني ما يملكها كالقرن في
البقر وزيادة القوة في البعير بكدمه ونفحه وكذلك في الفرس وقوله فيقضي بالكراهة اي بكراهة الاخذ
وقوله وفي هذا نظر من الجانبين اي من جانب المالك بابقاء عين ماله ومن جانب الملتقط بالرجوع على المالك بما
انفق على اللقطة وقوله فاذا لم يظهر يأمر ببيعها قيل فاذا امر ببيعها فبيعت اعطى القاضي من ذلك الثمن
ما انفق بامره في اليومين والثلثة لان الثمن مال صاحبها والنفقة دين واجب عليه وهو معلوم للقاضي
فيعينه على اخذ حقه لان الغريم اذا ظفر بجنس حقه كان له ان ياخذه وكان للقاضي ان يعينه على ذلك و
قوله في الاصل شرط اقامة البينة يعني ان الملتقط يقيم البينة على ان هذه الدابة لقطة عنده فان
قيل البينة انما تقام على المدعى عليه المنكر وليس بموجود ههنا اجاب بقوله وليست تقام للقضاء اي هذه
البينة تقام لاستكشاف الحال بانه لقطة لا للقضاء على المدعى عليه وقوله وان قال لا بينة لي اي الملتقط
قال لا بينة لي على انها لقطة عندي ولكنها لقطة يقول القاضي للملتقط انفق عليه ان كنت صادقا فيما قلت
وانما يقول بهذا الترديد حذرا عن لزوم احد الضررين لانه لو امر قطعا تضرر المالك بسقوط الضمان
على تقدير الغصب ولو لم يامر تضرر الملتقط على تقدير اللقطة وقد انفق عليها وقوله واذا شرط القاضي
الرجوع على المالك متصل بقوله لا يرجع اي انما يرجع الملتقط على المالك اذا شرط القاضي الرجوع على المالك
وهذه هي الرواية التي ذكرناها في مسايل اللقيط بقوله والاصح ان يامر القاضي الملتقط بالانفاق على ان
يكون دينا على اللقيط فحينئذ يرجع على اللقيط والا فلا وهذا احتراز عن قول بعض اصحابنا ان مجرد
امر القاضي بالانفاق يكفي للرجوع قال واذا حضر يعني المالك كلامه وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله الحي

الكدم العض بادنى الفم — نفحت الناقة اي ضربت برجلها نفحة

مطلب جواز اقامة البينة على غير الخصم لاستكشاف الحال لا للقضاء على المدعى عليه

ينفقه

ينفقه يقال انشدت الضالة اي عرفتها وانشدتها اي طلبتها ومعنى الحديث ما ذكره الشافعي لا يحل لقطتها مكة
الا لمنشدها اي لطالبها وهو المالك عنده والمعروف عندنا العفاص الوعاء الذي يكون فيه النفقة من جلد او خرقة
او غير ذلك والوكاء الرباط وكاء اسقاه شده بالوكاء وهو الرباط الذي يشد به وقوله ابقاء ملك المالك من وجه يعني
من حيث تحصيل الثواب فتملكه كما في سايرها اي في ساير اللقطات وتاويل ما روي من قوله عم لا تحل لقطتها
الا لمنشدها الا يحل التقاطها الا للتعريف فان قيل ما وجه تخصيص هذا المعنى بالحرم اجاب بقوله والتخصيص
بالحرم وبيانه ان مكة شرفها الله مكان الغرباء لان الناس ياتون اليها من كل فج عميق ثم يتفرقون بحيث
يندر الرجوع لهم اليها فالظاهر انها للغرباء ولا يظن عودهم في سنة واكثر فينبغي ان يسقط التعريف لعدم
الفايدة فازال رسول الله عم ذلك الوهم فقال لا يحل رفع لقطتها الا لمعرفها كما هو الحكم في غيرها من البلاد و
قوله لهما اي لمالك والشافعي رحمهما الله حاصله ان الملتقط منازع من وجه دون وجه فيكتفي في الحجة بذكر الوصف
ولا يحتاج الى اقامة البينة ولنا ان اليد حق مقصود كالملك بدليل وجوب الضمان في غصب المدبر باعتبار
ازالة اليد لانه غير قابل للنقل ملكا وقوله وهذا اي هذا الحديث الامر فيه وهو قوله فادفعها اليه للاباحة اي وجب
حمله على الاباحة لاجل العمل بالمشهور وهو قوله عم البينة على المدعي واليمين على من انكر فانه لو لم يحمل على الاباحة
وحمل على الوجوب يلزم التعارض المستلزم للترك وللقايل ان يقول الحمل على الاباحة عملا بالمشهور يستلزم عدم
جواز الدفع ايضا لان انتفاء الوجوب يستلزم انتفاء الجواز والجواب ان الشافعي لم يقل بانتفاء الجواز لانتفاء
الوجوب والمصنف ههنا في مقام الدفع فجاز ان يدفعه على طريق يلزم الخصم وقوله بخلاف التكفيل لوارث
غايب عنده اي عند ابي حنيفة وانما رجع الضمير اليه وان لم يسبق له ذكر لشهرة حكم تلك المسئلة هذا اذا
دفع اللقطة بذكر العلامة اما اذا دفعها باقامة الحاضر البينة على انها له ففي اخذ الكفيل عنه روايتان والصحيح
انه لا ياخذ كفيلا وقوله لان المالك ههنا غير ظاهر يعني فجاز ان المالك هو الذي حضر فلما اقر الملتقط بانه هو المالك
كان اقراره ملزما للدفع اليه واما المودع فانه مالك ظاهر الا اقراره بالوكالة لا يلزمه الدفع اليه لانه غير مالك
بنفسه ثم الوديعة اذا دفعها اليه بعدما صدقه وهلك في يده ثم حضر المودع وانكر الوكالة وضمن المودع
ليس له ان يرجع على الوكيل بشيء وههنا للملتقط ان يرجع على القابض لان هناك في زعم المودع ان الوكيل
عامل للمودع في قبضه له بامره وانه ليس بضامن بل المودع ظالم في تضمينه اياه ومن ظلم فليس له ان يظلم غيره
وههنا في زعمه ان القابض عامل لنفسه وانه ضامن بعدما ثبت الملك لغيره بالبينة فكان له ان يرجع عليه بما
ضمن لهذا كذا في المبسوط وقوله وكان من المياسير اي الاغنياء جمع الميسور ضد المعسور وقوله حلالا له
على رفعها وقوله لاطلاق النصوص يريد به قوله تعالى ولا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان يكون تجارة عن
تراض منكم وقوله ولا تعتدوا وقوله ومن اعتدى عليكم وقوله والاباحة للفقير لما روينا هو قوله عليه السلام
فليتصدق به وقوله والغني محمول على الاخذ جواب عن قوله ولانه انما يباح للفقير حملا على وقوله لما فيه من تحقيق

النظر من الجانبين يعني نظر الثواب للمالك ونظر الانتفاع للملتقط وقوله لما ذكرناه اشارة الى قوله لما فيه
من تحقيق النظر من الجانبين والله تعالى اعلم

كتاب الاباق

قال صاحب النهاية رحمه الله هذه الكتب اعني اللقيط واللقطة والاباق والمفقود كتب يجانس بعضها بعضا من حيث ان في كل منها عرضة الزوال والهلاك وهو الهرب وقوله الآبق هو الهارب من مالكه قصدا وقوله اخذه افضل في حق من يقوى على ذلك لما فيه من احيائه اذ الابق هالك في حق المولى فيكون الرد احياء له واما الضال وهو الذي لم يهتد الطريق الى منزله من غير قصد فقد قيل انه كذلك وقيل تركه افضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الابق ثم اخذ الابق يأتي به السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه هذا اختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله واما اختيار شمس الائمة الحلواني فهو ان الراد بالخيار ان شاء حفظه بنفسه وان شاء دفعه الى الامام وكذلك الضال والضالة الواجد فيهما بالخيار وقوله ثم اذا رفع الابق اليه يحبسه ظاهر قوله ولنا ان الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على وجوب اصل الجعل الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب ما دونها قال عمر رضي الله عنه في جعل الابق دينار او اثنا عشر درهما وقال علي رضي الله عنه في جعل الابق دينار او عشرة دراهم وقال ابن مسعود رضي الله عنه اربعون درهما وقال عمار بن ياسر رضي الله عنه ان رده في المصر فله عشرة دراهم وان رده من خارج المصر فله اربعون فاوجبنا الاربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا اي جمعا بين الروايات المتعارضة فان قيل كان الواجب ان يؤخذ باقل المقادير لتيقنه اجيب بانه لم يؤخذ بالاقل لانه لا توفيق بين اقاويلهم ممكن بان يحمل قول من افتى بالاقل على ما اذا رده مما دون مسيرة سفر وقول من افتى بالاكثر على ما اذا رده من مسيرة سفر وهذا اولى لان فيه عملا بكل منها وقوله والتقدير بالسمع جواب عن قياس الابق على الضال في عدم وجوب الجعل وفي قوله ولان الحاجة اشارة الى نفي الالحاق دلالة لانها تقتضي التساوي بين الاصل والملحق وليس بموجود وقوله وتقدر الرضخ محمول لقوله وان رده لاقل من ذلك فبحسابه فان عملوا بالقسمة كان لكل يوم ثلث عشر درهم قيل والاشبه التفويض الى راي الامام وقوله وام الولد والمدبر في هذا اي في وجوب الجعل بمنزلة القن لانهما مملوكان للمولى وهو يستكسبهما بمنزلة القن وتعليل المصنف لقوله لما فيه من احياء ملكه اولى من تعليل غيره لقوله لما فيه من احياء المالية لان ام الولد لا مالية فيها عند ابي حنيفة رحمه الله وقوله لانهما يعتقان بالموت بالاطلاق ظاهر في حق ام الولد وفي حق المدبر الذي لا سعاية عليه واما الذي عليه السعاية بان لم يكن للمولى مال سواه فكذلك لا يستوجب الجعل على الورثة لان المستسعى كالمكاتب عنده وحر مديون عندهما ولا جعل لراد المكاتب والحر وقوله ولو كان الراد ابا المولى او ابنه وهو اي كل واحد منهما في عياله ظاهر ولم يذكر جواب ما اذا لم يكونا في عياله والقياس ان يستحق كل من ذي الرحم المحرم الجعل اذا لم يكن في عياله لكن استحسن فقيل اذا وجد الابن عبد ابيه وليس في عياله فلا جعل له لان رد الابق على ابيه من جملة الخدمة وخدمة الاب مستحقة عليه فلا

الاب

مضاف الى المصدر مفعول

والاباق ع

تفصيل ع

دام الولد والمدبر بعد موت المولى لانهما عتقا بموته للمولى ويستوجب على المستسعى ... الاجرة بموته وتعتقه ...

جعل

جعل على ذلك واما اذا وجد الاب عبد ابنه وليس في عياله فله الجعل لان خدمة الابن غير مستحقة على الاب وقوله فلا يتناولهم اطلاق الكتاب اي القدوري وهو قوله ومن رد الابق على مولاه من مسيرة ثلثة ايام

قال وان ابق من الذي رده اذا ابق الابق من الذي اخذه ليرده فلا شيء عليه اي لا ضمان عليه لانه امانة في يده لكن اذا اشهد عند الاخذ وقد ذكرناه في اللقطة ان الاخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا قال المصنف رحمه الله وذكر في بعض النسخ اي نسخ مختصر القدوري لا شيء له اي لا جعل للراد اذا ابق الابق منه وهو صحيح ايضا لانه اي الراد في معنى البائع من المالك لان عامة منافع العبد زالت بالاباق وانما يستفيدها المولى بالرد بالجعل عليه والبائع اذا هلك في يده المبيع سقط الثمن فكذلك ههنا يسقط الجعل واستوضح ذلك بما ذكره في الكتاب وهو واضح وكذا اذا مات في يده فلا شيء عليه لما قلنا انه امانة ولو اعتقه المولى اي اعتقه قبل ان يقبضه ووقت لقائه صار قابضا بالاعتاق فيجب عليه الجعل واشار اليه بقوله بالاعتاق الى انه لو دبر مكان الاعتاق لم يصر قابضا والفرق بينهما ان الاعتاق اتلاف للمالية فيصير به قابضا كما لو اعتق المشتري العبد قبل القبض واما التدبير فليس باتلاف للمالية فلا يصير به المولى قابضا الا ان يصل الى يده وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له وهذا بخلاف الهبة فان المولى لا يصير به قابضا قبل الوصول الى يده لان في الهبة قبل القبض لم يصل العبد الى يد المولى ولا بدله فلا يكون لها حكم القبض وقوله والرد وان كان له حكم البيع جواب عما يقال قد قلتم ان الراد في معنى البائع من المالك ثم جوزتم بيع المالك من الراد قبل ان يقبضه فيجب ان لا يجوز لدخوله تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض وتقرير الجواب ان النهي عن ذلك مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والرد ليس ببيع كامل بل هو بيع من وجه من حيث اعادة ملك التصرف اليه فقط لان ملك الرقبة لا يزول عن المولى بالاباق فلا يكون داخلا تحت النهي فيكون جائزا وقوله وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه اخذه ليرده ظاهر وقوله فان كان الابق رهنا سياق الكلام فيه في الراهن ان شاء وقوله والجعل على الراهن لانه احياء المالية فيه نظر لانه يلزم ما اذا رد ام الولد وما ثم احياء المالية عند ابي حنيفة واجيب بان لا مالية فيها باعتبار الرق ولها مالية باعتبار كسبها لانه احق بكسبها وقد احيا الراد ذلك برده وقوله وان كان مديونا بان كان ما دونا فلحقه الدين في التجارة او استهلك مال الغير واقر به مولاه وقوله كالموقوف يعني بين ان يستقر على المولى مع اختيار قضاء الدين وبين ان يصير للغرماء متى اختار البيع ولما توقف في العبد توقف مؤنة الملك وهو الجعل وقوله وان كان اي الابق موهوبا فالجعل على الموهوب له وان رجع الواهب في هبته بعد الرد وانما ذكره الواصلة بينه لدفع شبهة ترد على ما ذكر قبله بقوله فيجب على من يستقر الملك وتقوله فعلى المولى ان اختار العبد فعلى كلا التقديرين كان ينبغي ان يجعل الجعل على الواهب لوجود هذين المعنيين في حقه ووجه الدفع ان المنفعة للواهب ما حصلت بالرد اي برد الابق بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد من الهبة والبيع وغيرها

لم ع

وكذلك الاخ وسائر ذوي الارحام اذا وجد عبد اخيه ... ان كان في عياله فلا جعل له وان لم يكن في عياله ...

١٩٦

من التصرف الذي يمنع الواهب عن الرجوع في هبته فلا يجب الجعل على الواهب لذلك فان قيل المنفعة
حصلت للواهب بالمجموع وهو ترك الموهوب له الجعل ورده الراد اجيب بانه كذلك لكن ترك الموهوب له الجعل
آخرهما وجودا فيضاف الحكم اليه كما في القرابة مع الملك فيضاف العتق الى آخرهما وجودا كذا هذا او
وقوله وان كان لصبي الى آخره ظاهر والله اعلم

كتاب المفقود

قد تقدم وجه مناسبة ذكر
هذا الكتاب هاهنا والمفقود مشتق من الفقد وهو في اللغة من الاضداد يقال فقدت الشيء اي اضللته و
فقدته اي طلبته وكلا المعنيين متحقق في المفقود فقد ضل عن اهله وهو في طلبه وذكر في الكتاب ما يدل
على مفهومه الشرعي وهو قوله اذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم حي هو او ميت وقوله نصب
القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه اشارة الى بيان حكمه في الشرع وكلامه واضح وقوله
ولا في نصيب له في عقار او عروض في يد رجل بان كان الشيء مشتركا بين المفقود وغيره وقوله لانه
اي الوكيل من جهة القاضي لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين فانه
عند ابي حنيفة رحمه الله يملك الخصومة وعندهما لا يملكها فاذا كان كذلك يعني وكيل القاضي لما لم يملك
الخصومة كان حكم القاضي بتنفيذ الخصومة قضاء بالدين للغايب والقضاء على الغايب وللغايب
لا يجوز لان القضاء لقطع الخصومة والخصومة من الغايب غير متصور الا اذا رآه القاضي اي جعل
ذلك رايا له وحكم به فحينئذ يجوز لان القضاء اذا لاقى فصلا مجتهدا فيه نفذ فان قيل المجتهد فيه نفس القضاء
فينبغي ان يتوقف نفاذه على امضاء قاض آخر كما لو كان القاضي محدودا في قذف اجيب بان المجتهد فيه سبب
القضاء وهو ان البينة هل يكون حجة من غير خصم حاضر ام لا فاذا رآها القاضي حجة وقضى بها نفذ
قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف وقوله ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي ظاهر وقوله
قوله ومن لنا في الاخ والاخت انما كان من لنا في لان نفقة ذي الرحم المحرم وهي مجتهد فيها فلا تجب الا بالقضاء
او الرضا ولهذا لم يكن لهم الاخذ بدون القضاء او الرضا وقوله فاذا لم يكن ذلك يعني الملبوس والمطعوم في
ماله وقوله وهذا اي الذي ذكرنا من انفاق القاضي عليهم من الدراهم والدنانير اذا كانت في يد القاضي وقوله وهذا
اذا كان لا يحتاج الى الاقرار انما هو اذا لم يكونا اي الدين والوديعة او النكاح والنسب يجعل الدين والوديعة شيا واحدا
والنكاح والنسب كذلك فلذلك ذكرهما بلفظ التثنية وقوله هذا هو الصحيح احتراز عن جواب القياس
وهو قول زفر انه لا ينفق منها عليهم بالاقرار لان اقرار المودع ليس بحجة على الغايب وهو ليس بخصم عن الغايب
ولا يقضى على الغايب اذا لم يكن عنه خصم حاضر ولكنا نقول المودع مقر بان ما في يده ملك للغايب وان للزوجة
والولد حقا لانفاق منه واقرار الانسان فيما في يده معتبر فنصب هو خصما باعتبار ما في يده ثم يتعدى
القضاء منه الى المقصود وقوله لان القاضي نايب عنه اعترض عليه بان القاضي نايب عن الغايب في القبض
للحفظ ولا حفظ في القبض للانفاق على هؤلاء فلا يكون نايبا واجيب بان القاضي نايب عنه في ايفاء ما عليه

القاضي ح

من الحقوق

من الحقوق كما هو نايب عنه في الحفظ ولهذا له ان يوفي ما عليه من الدين اذا علم بوجوبه بخلاف المودع
فانه نايب عنه في الحفظ فقط فان قيل اذا دفع المودع بغير امر القاضي وجب ان لا يضمن لانه دفعها الى
من في عيال المودع ولا ضمان عليه في ذلك اجيب بان الدفع اليهم لا يوجبه اذا كان للحفظ والدفع
للانفاق دفع للاتلاف وقوله لان ما يدعيه للغايب معناه ان الخصومة لا تسمع الا من المالك او
نايبه والمالك غايب ولا نايب له حقيقة لانه لم يوكله وهو ظاهر ولا حكما لان ما يدعيه للغايب ليس بتعين
سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود ولا يكون النايب
حكما الا في مثل ذلك وسيجيء تمامه في كتاب القضاء ان شاء الله تعالى

قال ولا يفرق بينه و
بين امراته كلامه واضح وقصة من استهوته الجن اي جرته الى المهاوي وهي المهالك ما روى عبد
الرحمن بن ابي ليلى قال انا لقيت المفقود فحدثني حديثه قال اكلت خزيرا في اهلي فخرجت فاخذني
نفر من الجن فلبثت فيهم ثم بدا لهم في عتقي فاعتقوني ثم اتوا بي قريبا من المدينة فقالوا اتعرف
النخل فقلت نعم فخلوا عني فجئت فاذا عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد ابان امراتي بعد اربع سنين
وحاضت وانقضت عدتها وتزوجت فخيرني عمر بين ان يردها علي وبين المهر قال مالك وهذا
مما لا يدرك بالقياس فيحمل على المسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق
القاضي بينهما بعد مضي المدة اعتبارا بالايلاء وبين المولي وامراته بعد اربعة اشهر لدفع الضرر عنها و
لكن عذر المفقود اظهر من عذر المولي والعنين فيعتبر في حقه المدتان في التربص بان يجعل
السنون مكان الشهور فيتربص باربع سنين عملا بالشبهين وقوله ولنا ظاهر وحاصله ان
البيان في الحديث المرفوع الى النبي عم مجمل وقول علي رضي الله عنه خرج بيانا لذلك المبهم وقوله و
عمر رضي الله عنه رجع الى قول علي رضي الله عنه رواه ابن ابي ليلى وقوله ولا معتبر بالايلاء جواب عن قياس
مالك وصورة النزاع على الايلاء وهو ظاهر فان الايلاء اذا كان طلاقا كان مزيلا للملك بخلاف المفقود
فانه لم يظهر منه طلاق لا معجل ولا موجل وقوله وبالعنة جواب عن القياس بالعنة وتقريره ان
العنة بعد ما استمرت سنة كانت طبيعة والطبيعة لا تنحل ففات حقها على التابيد فيفرق بينهما
بعد سنة دفعا للضرر عنها بخلاف امراة المفقود فان حقها مرجو قبل مضي اربع سنين وبعده

قال واذا تم له مائة وعشرون سنة اختلف روايات اصحابنا في مدة المفقود فروى الحسن
عن ابي حنيفة انها مائة وعشرون سنة من يوم ولد فاذا مضت هذه المدة حكمنا بموته قيل و
هذا يرجع الى قول اهل الطبايع والنجوم فانهم يقولون لا يجوز ان يعيش احد اكثر من هذه المدة
وفي ظاهر الرواية تقدر بموت الاقران فانه اذا لم يبق احد من اقرانه حيا حكم بموته لان ما يقع الحاجة
الى معرفته فطريقه في الشرع الرجوع الى امثاله كقيم المتلفات ومهر مثل النساء وبقاؤه بعد من

والخزير والخزيرة ما يطبخ بلحم و
دقيق فان لم يكن فيها لحم فهي
عصيدة صحاح

199

والعنة والجامع بينهما منع الزوج
حق المراة ودفع الضرر عنها فان
العنين يفرق بينه وبين امراته بعد
مضي سنة لدفع الضرر عنها ح

جميع اقرانه نادر وبناء الاحكام الشرعية على الظاهر دون النادر وهل يعتبر باقرانه في جميع الدنيا
او في الاقاليم الذي هو فيه ذكرناه في شرح الفرايض السراجية وفي المروي عن ابي يوسف مائة سنة
لان الظاهر ان لا يعيش احد في زماننا اكثر من مائة سنة وقدر بعضهم بتسعين لانه متوسط
ليس بغالب ولا نادر والا قيس وهو افعل التفضيل للمفعول وهو المقيس على طريق الشذوذ كقولهم
اشغل من ذات النحيين ان لا يقدر بشيء من المقدرات كالمائة والتسعين ولكنه يقدر بموت
الاقران لانه لو لم يقدر بشيء اصلا لسقط حكم المفقود والارفق ان يقدر بتسعين لانه اقل ما
ذكر فيه من المقادير وقوله واذا حكم بموته ظاهر وكذلك لو اوصى للمفقود ومات الموصي اي لا ينفذ
الوصية بل يوقف وذكر في الذخيرة واذا اوصى رجل للمفقود بشيء فاني لا اقضي بها ولا ابطلها
حتى يظهر حال المفقود لان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يحبس حصة المفقود الى
ان يظهر حاله فكذلك في الوصية والاصل المذكور في الكتاب ظاهر وقوله ويتصادق الورثة
المذكورون والاجنبي وانما قيد بالتصادق لان الاجنبي الذي في يده المال اذا قال قد مات المفقود
قبل ابيه فانه يجبر على دفع الثلثين الى البنتين لان اقرار ذي اليد فيما في يده معتبر وقد اقر
بان ثلثي ما في يده لهما فيجبر على تسليم ذلك اليهما وقول اولاد الابن ابونا مفقود لا يمنع اقرار ذي اليد
لانهم لا يدعون لانفسهم شيئا بهذا القول وتوقف الباقي على يد ذي اليد حتى يظهر مستحقه هذا اذا
اقر من في يده المال اما لو جحد ان يكون المال في يده للميت فاقامت البنتان البينة ان اباهما مات وترك
هذا المال ميراثا لهما ولاخيهما المفقود فان كان حيا فهو الوارث معهما وان كان ميتا فولده الوارث
معهما فانه يدفع الى البنتين النصف لانهما بهذه البينة يثبتان الملك لابيهما في هذا المال والابن صحت على احد الورثة
الورثة ينتصب خصما عن الميت في اثبات الملك له بالبينة واذا ثبت ذلك يدفع اليهما المتيقن وهو
النصف وتوقف الباقي على يد عدل لان الذي في يده جاحد وهو غير مؤتمن عليه وانما قيد بقوله والمال في يد
اجنبي لانه اذا كان في يد الابنتين فالمسئلة بحالها فان القاضي لا ينبغي له ان يحول المال من موضعه ولا
يوقف منه شيئا للمفقود ومراده بهذا اللفظ انه لا يخرج شيء من ايديهما لان النصف صار لهما بيقين
والنصف الباقي للمفقود من وجه وفي يدهما بقوله ولا يوقف منه شيئا للمفقود ان لا يجعل شيئا مما في يد الابنتين
ملكا للمفقود على الحقيقة وكذلك لو كان المال في يد ولدي الابن المفقود فطلبت البنتان ميراثهما واتفقوا
ان الابن مفقود فانه يعطي البنتان النصف وهو ادنى ما يصيبهما ويترك الباقي في يد ولدي الابن المفقود
من غير ان يقضى به لهما ولا لابيهما لانا لو قدرنا الابن المفقود ميتا كان نصيبهما الثلثين فكان النصف متيقنا
به وقوله ونظير هذا يعني المفقود الحمل في حق وقف النصيب فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى
وقد ذكرناه في الرسالة وشرحها وشرح الفرايض السراجية في علم الفرايض وقوله ولو كان معهما مع الحمل

وارث آخر

وارث آخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه كما اذا ترك امراة حاملا وجدة فان للجدة
السدس لانه لا يتغير فريضتها بالحمل وكذلك اذا ترك ابنا وامراة حاملا فان المراة يعطى الثمن لانه لا يتغير
فريضتها وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى كابن الابن والاخ والعم فانه لو ترك امراة حاملا واخا او
عما لا يعطى الاخ والعم شيئا لان من الجائز ان يكون الحمل ابنا فيسقط معه الاخ والعم فلما كان ممن
يسقط بحال كان اصل الاستحقاق له مشكوكا فلا يعطى شيئا لذلك وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل
المتيقن به كالزوجة والام فانه ان كان الحمل حيا يرث الزوجة الثمن والام السدس وان لم يكن حيا
فهما يرثان الربع والثلث فيعطيان الثمن والسدس للتيقن كما في المفقود يعني انه اذا مات الرجل وترك
جدة وابنا مفقودا فللجدة السدس كما ذكرنا في الحمل لانه لا يتغير نصيبها وكذلك لو ترك اخا وابنا مفقودا
لا يعطى الاخ شيئا وكذلك لو ترك اما وابنا مفقودا فانه ان كان المفقود حيا يستحق الام السدس
وان كان ميتا يستحق الثلث كما في الحمل

[18] كتاب الشركة

مناسبة ترتيب الابواب
المارة اسا قد لاحها هنا على الوجوه المذكورة ولما كان للشركة مناسبة خاصة بالمفقود من حيث ان
نصيب المفقود من مال مورثه مختلط بنصيب غيره كما اختلط المالين في الشركة ذكرها عقيبه و
هي عبارة عن اختلاط نصيبين فصاعدا بحيث لا يعرف احد النصيبين من الآخر ثم سمي العقد الخاص بها
وان لم يوجد اختلاط النصيبين لان العقد سببه والشركة جائزة لان النبي صلى الله عليه وسلم بعث والناس
يتعاملونها فقررهم عليه وتعاملها الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير وهي
على ضربين شركة املاك وشركة عقود وكلامه ظاهر وقوله خلطا يمنع التمييز راسا كخلط الحنطة بالحنطة او الا
بحرج كخلطها بالشعير وقوله فانه لا يجوز يعني البيع من الاجنبي الا باذن الشريك قوله وقد بينا الفرق في
كفاية المنتهي قيل الفرق ان خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدي سبب لزوال الملك عن المخلوط الى الخالط فاذا
حصل بغير تعد كان سبب الزوال ثابتا من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد زايلا الى الشريك في حق البيع
من الاجنبي غير زايل في حق البيع من الشريك كانه يبيع ملك نفسه عملا بالشبهين وقوله قابلا للوكالة احتراز
عن الشركة في التكدي والاحتشاش والاحتطاب والاصطياد فان الملك في هذه الصورة يقع
لمن باشر سببه خاصا لا على وجه الاشتراك اي شركة العقود كلها متضمنة لعقد الوكالة ثم شركة المفاوضة
من بينها مخصوصة بتضمن عقد الكفالة ثم علل تضمن هذه العقود انما تضمنت الوكالة لان من حكم الشركة
ثبوت الاشتراك في المستفاد بالتجارة ولا يصير المستفاد بالتجارة مشتركا بينهما الا وان يكون كل واحد
منهما وكيلا عن صاحبه في النصف وفي النصف عامل لنفسه حتى يصير المستفاد مشتركا بينهما فصار كل
واحد وكيلا عن صاحبه بمقتضى عقد الشركة وقوله ثم هي على اربعة اوجه ذكر في وجه الحصر على ذلك ان الشريكين
اما ان يذكرا المال في العقد او لا فان ذكرا فاما ان يلزم اشتراط المساواة في ذلك المال في راس ماله وربحه او لا فان لزم

مطلب كتاب الشركة

فهي المفاوضة والا فالعنان وان لم يذكراه فاما ان يشترطا العمل فيما بينهما في مال الغير والا فالاول
الصنايع والثاني الوجوه ومعنى السلا لا يصلح امور الناس حال كونهم متساويين اذا لم يكن لهم
امراء وسادات فانهم اذا كانوا متساويين يتحقق المنازعة بينهم والسراة جمع السري وهو
جمع سري لا يعرف غيره وقيل هو اسم للسري وقوله فلا بد من تحقق المساواة ابتداء وانتهاء اما ابتدا
فظاهر بناء على ما ذكر من ماخذ اشتقاقه واما انتهاء فلان المفاوضة من العقود الجايزة فان لكل واحد منهما
ولاية الانقطاع بعد عقد الشركة فكان لدوامها حكم الابتداء وفي ابتداء المفاوضة تشترط المساواة فكذا
في الانتهاء وقوله وذلك اي تحقق المساواة في المال والمراد به ما يصلح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما
لا يصح فيه الشركة كالعروض والعقار حتى لو كان لاحدهما عروض او ديون على الناس لا يبطل المفاوضة — والديون ع
ما لم يقبض الديون وقوله وكل ذلك بانفراده فاسد اي كل من الوكالة والكفالة في المجهول فاسد
حتى لو وكل رجلا وقال وكلتك بان تشتري او بشراء الثوب كان فاسدا وكذلك الكفالة للمجهول بالمعلوم باطل
فالكفالة للمجهول بالمجهول اولى بالبطلان فان قيل الوكالة العامة جايزة كما اذا قال الاخر وكلتك
في مالي اصنع ما شئت فانه يجوز له ان يتصرف في ماله اجيب بان العموم ليس بمراد ههنا فانه لا يثبت الوكالة
في حق شري الطعام والكسوة لاجل فاذا لم يكن عاما كان توكيلا لمجهول الجنس فلا يجوز وقوله و
الجهالة متحملة تبعا كما في المضاربة يعني الوكالة بمجهول الجنس موجوده في المضاربة وهي جايزة هناك
تبعا فكذلك ههنا الا يرى ان شركة العنان تصح وان تضمنت ذلك لان ما يشتريه كل واحد منهما
غير مسمى عند العقد فكذلك المفاوضة وقوله لان المعتبر هو المعنى دون اللفظ يوضحه ان الكفالة
بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط ضمان الاصيل كفالة وقوله لما قلنا اشارة الى قوله لتحقق
التساوي اي في كونهما ذميين وقوله ولا يجوز اي المفاوضة بين الحر وبين المملوك ظاهر واعترض على
قوله ولهما لا تساوي في التصرف بان المفاوضة يصح بين الكتابي والمجوسي مع انهما لا يتساويان في التصرف — انه ع
فان المجوسي يتصرف في الموقوذة لاعتقاده المالية فيها والكتابي لا يتصرف وكذلك الكتابي يواجر نفسه للذبح
دون المجوسي لان ذبيحته لا تحل وكذلك يصح بين الحنفي والشافعي مع وجود التفاوت كما قال ابو يوسف
واجيب بان عدم المساواة مبطل للعقد لا محالة والتفاوت في الموقوذة لم يعتبر لان من يجعل الموقوذة — وشاة موقوذة قتلت بالخشب صح
ما لا متقوما لا يفصل فيه بين الكتابي والمجوسي فيتحقق المساواة واما مواجرة نفسه للذبح فان المساواة
بينهما ثابتة في ذلك معنى لان كل واحد من الكتابي والمجوسي من اهل ان يتقبل ذلك العمل على ان يقيم بنفسه او
بنايبه واجارة المجوسي للذبح صحيحة يستوجب بها الاجر وان كان لا يحل ذبيحته واما مسالة
الحنفي والشافعي فان المساواة بينهما ثابتة لان الدلالة قامت على ان متروك التسمية عمدا ليس بمال متقوم
ولا يجوز التصرف فيه للحنفي والشافعي جميعا لثبوت ولاية الالزام بالمحاجة فيتحقق المساواة بينهما في

المال

المال والتصرف وقوله ولا بين الصبيين يعني وان اذن لهما ابوهما لان مبنى المفاوضة على الكفالة وهما
ليسا من اهل ذلك وكذلك المكاتبان وقوله اذ هو اي العنان قد يكون خاصا وقد يكون عاما يعني قد يكون
عاما في انواع التجارة وقد يكون في نوع خاص منها والمفاوضة عامة فيها فجاز ان يذكر لفظ المفاوضة و
يراد معنى العنان كما يجوز اثبات معنى الخصوص بلفظ العموم قال وينعقد على الوكالة والكفالة
اي وينعقد شركة المفاوضة على الوكالة كعامة الشركات ليتحقق المقصود وهو الشركة
في المال على ما بينا يعني قوله ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا وعلى الكفالة على معنى ان يطالب كل واحد — حد
من شريكي المفاوضة بما باشره الاخر واليه اشار بقوله فيتحقق المساواة فيما هو من موجبات
التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا وقوله لان مقتضى العقد تعليل المستثنى منه و
هو قوله يكون على الشركة وقوله لما بينا اشارة الى هذا التعليل وقوله والبايع اي وبايع
الطعام والكسوة وقوله فيما يصح الاشتراك فيه البيع والشراء والاستيجار اما صورة
الشراء والبيع فظاهر واما صورة الاستيجار فهي ان يستاجر احد المتفاوضين اجيرا في
تجارتهما او دابة او شيئا من الاشياء فللموجر ان ياخذ بالاجر ايهما شاء لان الاجارة من
عقود التجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة وكذلك اذا استاجره لحاجة
نفسه او استاجر ابلا الى مكة للحج عليها فللمكاري ان ياخذ ايهما شاء الا ان شريكه اذا
ادى من خالص ماله يرجع به عليه لانه ادى ما كفل عنه بامره وان ادى من مال الشركة يرجع
عليه بنصيبه من المؤدى واما في شركة العنان فلا يؤاخذ به غير الذي استاجره لانه هو
الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه ومن القسم الاخر الجناية على بني آدم والنكاح والخلع
والصلح عن دم العمد وعن النفقة فلو ادعى رجل على احد المتفاوضين جراحة خطاء لها ارش
مقدر واستحلفه فحلف ثم اراد ان يستحلف شريكه ليس له ذلك ولا خصومة له مع شريكه لان
علام — كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما لزمه بسبب التجارة فاما ما يلزمه بسبب الجناية فلا
يكون الاخر كفيلا به الا يرى انه لو ثبت بالبينة او بمعاينة السبب لم يكن على الشريك من موجبها
شيء ولا خصومة للمجني عليه معه وكذا المهر والخلع والصلح عن جناية العمد والنفقة اذا
ادعاه على احدهما وحلفه عليه ليس له ان يحلف الاخر لما بينا وصورة الخلع انه لا يلزم على شريكها
ومن هذا تبين صورة غيره وقوله وكفل احدهما ظاهر وقوله ولو صدر يعني عقد الكفالة وانما
ع — قيد بحال المرض لان المريض لو اقر بالكفالة السابقة في حال الصحة يعتبر ذلك من جميع المال بالاجماع
لان الاقرار بما يلاقي حال بقائهما وفي حال البقاء الكفالة معاوضة وقوله فبالنظر الى البقاء تضمن
المفاوضة يعني وحاجتنا ههنا الى البقاء اذ المطالبة يتوجه بعد الكفالة لا بانها حكمها فلما لزم المال على

ما اذا كانت امراة عقدت عقد المفاوضة ثم خالعت مع زوجها فالزم عليها من بدل الخلع لا يلزم شريكها وكذا لو اقر ببدل الخلع ع ع

الشريك الضامن لزم على الآخر وهذا هو حالة البقاء بخلاف الصبي وغيره لان كلامنا ثمة في الابتداء بانه
هل يلزمه اولا فاعتبرنا جهة التبرع فيه ولم يعتبر ههنا لان الابتداء ثمة محتاج اليه ولا كذلك
ههنا لصحة الابتداء لكون الضامن من اهل الضمان دون الصبي وقوله لم يصح من ذكره يريد به
الصبي والمجنون الى آخره واما الاقراض فعن ابي حنيفة رحمه الله تعالى فيه روايتين قال في المبسوط ان
اقرض احد المتفاوضين يلزم شريكه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه معاوضة وعندهما لا يلزم شريكه
لانه تبرع وقوله ولو سلم فهو اعارة اي ولئن سلمنا ان اقراض احد المتفاوضين لا يلزم صاحبه فلانا
لا يلزم لان الاقراض اعارة لا معاوضة بدليل جوازه اذ لو كان معاوضة لكان فيه بيع النقد بالنسيئة في
الاموال الربوية فعلم بهذا ان ما ياخذه المقرض بعد الاقراض حكم عين ما اقرض لا حكم بدله كما في
العارية الحقيقة وقوله حتى لا يصح فيه الاجل اي لا يلزم لان تاجيل الاقراض والعارية جايز ولكن
لا يلزم المضي على ذلك التاجيل وقوله فلو كانت الكفالة بغير امره متصل بقوله اذا كانت الكفالة بامره
وقوله في الصحيح اشارة الى نفي ما ذهب اليه عامة المشايخ في شروح الجامع الصغير من عدم التفرقة
بين ما كانت بامره او بغير امره لاطلاق جواب الجامع الصغير والمصنف تابع ما ذهب اليه الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير من التفرقة بينهما واجاب عن اطلاق جواب الكتاب اي الجامع الصغير بانه محمول
على المقيد وهو الكفالة بالامر لانه حينئذ يكون معاوضة انتهاء والا فهو متبرع فلا يلزم شريكه وضمان
الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة رحمه الله فانه يلزم شريكه وعند محمد ضمان الغصب
والاستهلاك بمنزلة التجارة في انه يلزمه ايضا وعن ابي يوسف في غير رواية الاصول انه لا يلزم الشريك فلما
تحرر المذاهب على هذا الوجه نظهر لك سقوط ما اعترض به المصنف في قوله بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة
بان محمدا مع ابي حنيفة في لزوم ضمان الغصب والاستهلاك الشريك فلا يكون لتخصيص ابي حنيفة والقول
بمنزلة الكفالة وجه ووجه ابي يوسف ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان وجب بسبب ليس هو بتجارة فلا يلزم
شريكه كارش الجناية ولهما ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة لانه بدل مال محتمل للشركة فانه يجب
باصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك ولهذا نملك المغصوب والمستهلك بالضمان ولذلك يصح اقرار
الماذون به ويواخذ به في الحال وكذلك اقرار الصبي والماذون له والمكاتب به ولو لم يكن ضمان تجارة لما
صح وذلك وجه معنى قوله لانه معاوضة انتهاء وقوله وان ورث احدهما مالا بالتنوين اي المال الذي يصح
الشركة كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة بطلت المفاوضة لما ذكر في الكتاب وقوله فان المساواة
ليست بشرط فيه اي في العنان ابتداء وكل ما ليس شرطا ابتداء ليس شرطا فيه دواما لان الدوام حكم الابتداء لكونه
عقدا غير لازم فان احد الشريكين اذا امتنع عن المضي على موجبه لا يجبره القاضي على ذلك وتامل في كلام المصنف
رحمه الله تامل عالم بالتحقيق يدرك سقوط ما اعترض عليه بان عقد الاجارة عقد لازم ومع هذا فلدوامه حكم

الابتداء

الابتداء حتى انها لا تبقى بموت احد المتعاقدين فحينئذ كيف يصح التعليل بعدم اللزوم لاثبات مدعاه وهو ان يكون
لدوامه حكم الابتداء لانا قد قلنا كل ما هو عقد غير لازم فلدوامه حكم الابتداء وهذا ثابت بالاستقراء ويتم هذه
المقدمة الى قولنا ما نحن فيه من الشركة عقد غير لازم يحصل لنا ما نحن فيه من الشركة لدوامه حكم الابتداء و
اما ان يكون بعض العقود اللازمة ايضا لدوامه حكم الابتداء فلا يضر في مطلوبنا لان الموجبة الكلية لا تنعكس
كنفسها وقوله وان ورث احدهما عرضا فهو له ولا يفسد المفاوضة لما ذكر في الكتاب ولان هذه المفاوضة لا تمنع
ابتداء فكذا لا يفسد بقاء **فصل** لما كان البحث عما ينعقد به شركة المفاوضة غير البحث عنها فصل
عما قبله في فصل على حدة وقال ولا ينعقد الشركة اي شركة المفاوضة لان الكلام فيها اذا ذكر فيها المال الا بالدراهم و
الدنانير وانما قيدنا بقولنا اذا ذكر فيها المال لان ذكر المال ليس بحتم فيه فان المفاوضة يجوز في شركة الوجوه والتقبل
ولا يشترط فيهما المال وكلامه واضح غير ان في ذكر خلاف مالك نظرا لما تقدم من قوله وقال مالك لا اعرف ما المفاوضة
الا اذا ثبت عنه روايتان او يكون تفريعا على قول من يقول بها كما صنع ابو حنيفة في المزارعة ثم قوله انما عقدت يعني
الشركة بالعروض والمكيل والموزون يقتضي جوازها وان كان الجنس مختلفا ولم يقل به وقوله بخلاف المضاربة
مختصة بالدراهم والدنانير لان العلة التي في جوازها لما فيها من ربح ما لم يضمن فان المال غير مضمون على المضارب
فكان ما حصل من الربح ربح مال غير مضمون فلا ينبغي ان يجوز الا انه لم يعمل بذلك الربح فلا يصح الا فيما ورد
الشرع به وهو الدراهم والدنانير واما في الشركة فان كل واحد من الشريكين يعمل في ذلك المال فسوى فيه العروض
والنقود كما لو عمل كل واحد منهما في مال نفسه من غير شركة فيصح وقوله ولانه يؤدي الى ربح ما لم يضمن وبيان ذلك
ان الرجلين اذا عقدا الشركة في العروض ثم باع احدهما راس ماله باضعاف قيمته وباع الاخر بمثل قيمته وصحت
الشركة كانا شريكين في الربح الذي حصل في مبيع احدهما فحينئذ ياخذ الذي باع راس ماله بمثل قيمته من
مال صاحبه فيكون ذلك ربح ما لم يضمن ولم يملك وذلك لا يجوز بخلاف الدراهم والدنانير لان ما يشتري كل
واحد منهما براس المال لا يتعلق بها البيع بل يثبت وجوب الثمن في الذمة اذ الاثمان لا تتعين بالتعيين فلما كان
الثمن واجبا عليهما في ذمتهما كان الثمن والربح الحاصل منه بينهما مضمونة فكان الربح ربح ما ضمن ومعنى قوله
تفاضل الثمنان اي فضل احدهما على الاخر كما ذكرنا واما تفاضلهما معا فمحال وقوله ولان اول التصرف في العروض
دليل آخر وقد قرره في النهاية على وجه تجرى ما لا يربح ما لم يضمن وذلك لانه قال لان صحة الشركة باعتبار الوكالة
ففي كل موضع لا يجوز الوكالة بتلك الصفة لا يجوز الشركة ومعنى هذا ان الوكيل بالبيع يكون امينا فاذا شرط
له جزء من الربح كان هذا ربح ما لم يضمن فاما الوكيل بالشراء فهو ضامن للثمن في ذمته فاذا شرط له جزء من
الربح كان ربح ما قد ضمن وقوله قالوا هذا اي جواز الشركة بالفلوس النافقة قول محمد وقيد باعيانها ليظهر
ثمرة الاختلاف فانه لو باع فلسين بواحد من الفلوس نسيئة لا يجوز بالاجماع المركب اما عندهما فلوجود النسيئة
في الجنس واما عند محمد فلهذا ولمعنى الثمنية واما اذا كانت باعيانها فعندهما يجوز وعند محمد لا يجوز

لان الفلوس كالعروض عندهما

وسيجي تمام البحث فيه في كتاب البيوع ان شاء الله تعا وقوله والاول يعني كون ابي يوسف مع ابي حنيفة
اقيس لانهما لما اتفقا على جواز بيع فلس بعينه بفلسين بعينهما كانا متفقين ايضا في عدم جواز
الشركة بالفلوس وان كانت نافقة لان هذه المسئلة مبنية على تلك المسئلة لانه لما جاز بيع الواحد
بالاثنين في الفلوس عندهما كان للفلوس حكم العروض والعروض لا يصلح راس مال الشركة وروى
الحسن عن ابي حنيفة انه يصح المضاربة بها اي بالفلوس النافقة قال ولا يجوز بما سوى ذلك كلامه واضح والمراد
بقوله في الكتاب مختصر القدوري وقوله يصلح راس المال فيهما اي في الشركة والمضاربة وقوله وهذا لما
عرف اشارة الى ان النقره لا تتعين بالتعيين لانهما اي الذهب والفضة وقوله الا ان الاول يعني
رواية الجامع الصغير اصح وجعل ذلك في المبسوط ظاهر الرواية وقوله لانها اي لان مثاقيل الذهب و
الفضة وقوله الا ان يجري التعامل استثناء من قوله الا ان الاول اصح يعني ان عدم جواز الشركة بمثاقيل
الذهب والفضة اصح الا عند جريان التعامل باستعمالها فحينئذ يجوز الشركة بها كذا قيل والاولى
ان يجعل استثناء من قوله لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص به السياق وقوله ولا خلاف فيه
اي في عدم جواز الشركة بالمكيل والموزون قبل الخلط فيما بينا وان خلطا ثم اشتركا ففيه الخلاف المذكور في
الكتاب وثمرة الخلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح فعند ابي يوسف لا يستحق
زيادة الربح بل لكل واحد منهما من الربح بقدر ملكه وعند محمد الربح بينهما على ما شرطنا فظاهر
الرواية ما قاله ابو يوسف لانه اي المذكور من المكيل والموزون والعددي المتقارب يتعين بالتعيين
بعد الخلط كما يتعين قبله وهو ظاهر وشرط جواز الشركة ان لا يكون راس المال مما يتعين بالتعيين لئلا
يلزم ربح ما لم يضمن ووجه قول محمد انها اي المكيل والموزون والعددي المتقارب ثمن من وجه حتى
جاز البيع بها دينا في الذمة ومبيع من وجه من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة
الى الحالين بعد الخلط وعدمه فلشبهها بالبيع قلنا لا يجوز الشركة قبل الخلط ولشبهها بالثمن قلنا
يجوز الشركة لها بعد الخلط وهذا لان اضافة العقد اليها تضعف باعتبار الشبهين فيتوقف ثبوتها
على ما يقويها وهو الخلط لان بالخلط يثبت شركة الملك فيتاكد به شركة العقد لا محالة بخلاف العروض لانها
ليست ثمنا فيه بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا ينعقد الشركة
بها بالاتفاق فمحمد يحتاج الى الفرق وهو ما ذكران المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال حتى
ان من اتلفه يضمن مثله فيمكن تحصيل راس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل فيزول الجهالة
ومن جنسين من ذوات القيم فان من اتلفه ضمن قيمته واذا كان من ذوات القيم كان بمنزلة العروض فيتمكن
الجهالة كما في العروض واذا لم يصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء اي قضاء الجامع الصغير
واما في هذا الكتاب فقد بينه في كتاب الوديعة والدليل على ان مراده قضاء الجامع الصغير قوله قد بيناه

قيل

بدلالة

الاختلاف بان

بلفظ

بلفظ الماضي ولو كان مراده كتاب القضاء من هذا الكتاب لقال سنبينه والذي بينه ههنا في كتاب
الوديعة ان الحنطة اذا كانت وديعة عند رجل فخلطها الرجل بشعير نفسه ينقطع حق المالك الى الضمان قال
واذا اراد الشركة لما كان جواز عقد الشركة منحصرا في الدراهم والدنانير والفلوس النافقة وفي ذلك تضييق
على الناس ذكر الحيلة في تجويز العقد بالعروض توسعة على الناس فقال واذا ارادا الشركة بالعروض باع كل
منهما نصف ماله بنصف مال الاخر صار نصف مال واحد منهما مضمونا على الاخر بالثمن فكان الربح الحاصل
ربح مال مضمون فيكون العقد صحيحا قال المصنف وهذا شركة ملك لما بينا ان العروض لا يصلح
راس مال الشركة واستشكل الشارحون بانه لو كان المراد بالشركة شركة الملك لم يحتج الى قوله ثم عقدا
الشركة وبان العروض لا تصلح راس مال الشركة اذا لم يبع احدهما نصف عرضه بنصف عرض الاخر
اما اذا باع فهو الحيلة في جوازه ثم اجاب بعضهم بان معنى قوله ثم عقدا الشركة شركة ملك حتى يصح قوله
وهذا شركة ملك وهو بعيد لان غرضه بيان الحيلة في تجويز عقد الشركة بالعروض وقال اخرون
معناه انها شركة ملك وان عقدا للشركة لان هذا العقد كلا عقد لكون راس المال عرضا ونظم كلام المصنف
لا يساعده وانا اذكر لك ما ذكره شيخ شيخي العلامة عبد العزيز في هذا المقام من غير زيادة ولا
نقصان لانه حل مفيد في هذا المعنى قال عدم جواز الشركة بالعروض مبني على معنيين احدهما ربح
ما لم يضمن كما بينا والثاني جهالة راس المال فاذا باع احدهما نصف عرضه بنصف عرض الاخر ثم عقدا
الشركة قال القدوري يجوز واختاره شيخ الاسلام وصاحب الذخيرة وصاحب شرح الطحاوي والمزني
من اصحاب الشافعي لان راس المال صار معلوما وصار نصف مال كل واحد منهما بالبيع مضمونا على صاحبه بالثمن
فكان الربح الحاصل من مالهما ربح مال مضمون عليهما فيجوز وكذا لو باع احدهما عرضه بنصف
دراهم صاحبه ثم عقدا شركة عنانا او مفاوضة يجوز لزوال الجهالة بصيرورة العروض مشتركة بينهما
فكذا هذا وقيل على قياس قول محمد يجوز كما في المكيل والموزون بعد الخلط وعلى قياس قول ابي يوسف لا يجوز الا
ان يكون مضافا الى المستقبل وعقد الشركة يحتمل الاضافة لانه عقد توكيل فعلى هذا يكون العقد على الدراهم
واختار شمس الائمة وصاحب الهداية انه لا يجوز عقد الشركة بالاتفاق وهو اقرب الى الفقه لبقاء جهالة راس
المال والربح عند القسمة بخلاف المكيل والموزون بعد الخلط عند محمد لزوال الجهالة اصلا لانهما من ذوات
الامثال وبخلاف ما اذا باع نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم اشتركا لان الدراهم بهذا العقد صارت
نصفين بينهما فيكون ذلك راس مالهما ثم يثبت حكم الشركة في العروض تبعا وقد يدخل في العقد تبعا ما لا يجوز
ايراد العقد عليه كبيع الشرب تبعا للارض ثم المصنف اختار عدم الجواز وعدل عما ذكره القدوري فقال
وهذه شركة ملك عندي لا ما ذكره القدوري انه شركة عقد ولا اعتبار بهذا العقد بعد البيع لما بينا
ان العروض لا يصلح راس مال الشركة ونظيره ما ذكره القدوري ويستحب للمتوضي ان ينوي الطهارة ثم

قال

حد

ويتقابضا

القدوري

ويتقابضا

نصف

وقوله ببيع صاحب الاقل بقدر ما يثبت به الشركة نظيره ما اذا كان قيمة عروض احدهما اربعمائة درهم مثلا
وقيمة عروض الآخر مائة درهم يبيع صاحب الاقل اربعة اخماس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المتاع كله
اخماسا ويكون الربح بينهما على قدر راس ماليهما صح صح

عند المصنف بقوله فالنية في الوضوء سنة وله في هذه الكتاب نظاير كثيرة **قال** واما شركة العنان
هذا عطف على قوله في اول باب الشركة فاما شركة المفاوضة والعنان ماخوذ من عن اذا عرض سمى
لانه شيء عرض في هذا القدر لا على العموم على الوكالة والكفالة وقيل من عنان الفرس لان الفارس يمسك
العنان باحدى يديه ويتصرف بالاخرى فكذلك الشريك ههنا شارك في بعض ماله وانفرد بالباقي
وكلامه ظاهر وقوله لما بينا اشارة الى قوله من قبل وشرطها ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا
للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكم المطلوب منه ويصح ان يتساوى
في المال ويتفاضلا في الربح وجملة القول في ذلك انهما ان شرطا العمل عليهما وشرطا التفاوت في الربح
مع التساوي في راس المال جاز عند علمائنا الثلثة ويكون الربح بينهما على ما شرطا وان عمل احدهما
دون الآخر واما اذا شرطا العمل على احدهما فان شرطا الربح بينهما على قدر راس مالهما جاز و
يكون مال الذي لا عمل فيه بضاعة عند العامل له ربحه وعليه وضيعته وان شرطا الربح للعامل
اكثر من راس ماله جاز ايضا على الشرط ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة ولو شرطا الربح
للدافع اكثر من راس ماله لا يصح الشرط ويكون مال الدافع عند العامل بضاعة لكل واحد منهما
ربح ماله والوضيعة بينهما على قدر راس مالهما ابدا وقوله وهو قول زفر والشافعي واضح وقوله
ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرطا العاقدان والوضيعة على قدر المال رواه اصحابنا في
كتبهم عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه وقوله من غير فصل يعني بين التفاضل والتساوي وقوله كما في
المضاربة اعترض عليه بانه اذا الحق هذا العقد بالمضاربة صار في التقدير كانه قال اعمل في
مالك وربحه لك واعمل في مالي وربحه بيننا وفي المضاربة اذا شرط رب المال فيها يبطل العقد وفي
جوزتم هذه الشركة عليهما واجيب بانه ليس هذا العقد مضاربة من كل وجه على ما سنذكره انه
يشبهها من وجه وما اشبه الشيء من وجه لا يلزم ان ياخذ حكمه من كل وجه وقوله وبخلاف اشتراط
جميع الربح جواب عما يقال اذا شرط جميع الربح لاحدهما لا يجوز فكذا اذا شرط الفضل والجامع العدول
بالربح عن التقسيط على قدر المال ووجه الجواب ان شرط جميع الربح يخرج العقد من الشركة والمضاربة
الى قرض او بضاعة لانه ان شرط الجميع للعامل صار قرضا وان شرط لرب المال صار بضاعة وهذا العقد
لا يجوز ان يخرج عنهما لانه يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اي شركة
المفاوضة اسما وعملا فانهما يعملان معا فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان
فان اشتراط زيادة الربح موجود في المضاربة وهو جايز مع ذلك بالاجماع وهذا يتضمن الجواب
عن قولهما ان اشتراط زيادة الربح لاحدهما يؤدي الى ربح ما لم يضمن وعملنا بشبه الشركة حتى لا يبطل
باشتراط العمل عليهما **قال** ويجوز ان يعقدها كل واحد الى آخره ويجوز ان يعقد شركة العنان كل واحد منهما

ببعض ماله

ببعض ماله دون البعض لان المساواة في المال ليست بشرط فيه اي في هذا العقد اذ اللفظ اي لفظ
العنان لا يقتضيه اي لا يقتضي المساواة بتاويل الاستواء بخلاف لفظ المفاوضة وقوله للوجه الذي ذكرناه
يعني ما ذكره في اول هذا الفصل انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن ويجوز ان يشتركا ظاهر وقوله فان كان
لا يعرف ذلك الا بقوله يعني اذا لم يعرف انه ادى الثمن من مال نفسه او من مال الشركة الا بقوله فعليه اقامة
البينة فان عجز عن ذلك فالقول لصاحبه مع يمينه وقوله فاذا هلك مال الشركة ظاهر وقيد الوكالة
بالمفردة احترازا عن الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة وفي ضمن عقد الرهن فانها فيهما تبطل
تبطل ببطلان ما تضمنها من الشركة والرهن لان المتضمن يبطل ببطلان المتضمن تبعا واما الوكالة
المفردة كمن وكل رجلا بشراء عبد ودفع اليه دراهم فهلكت فانها لا تبطل واما المضاربة فقد قال
فخر الاسلام في شرح الزيادات بخلاف المضاربة والشركة فانها تتعين حتى اذا هلكت قبل التسليم
بطلت المضاربة وهو مخالف لما ذكره المصنف انها تتعين فيها بالقبض فلعل في المسئلة روايتين و
قوله لانه ما رضي بشركة صاحبه في ماله اي الشريك الذي لم يهلك ماله ما رضي بشركة صاحبه الذي هلك
ماله الا على تقدير بقاء ماله ليشركه في ماله كما يشترك هو في مال هذا وقوله وايهما هلك هلك من مال صاحبه
ظاهر وقوله ثم الشركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد فائدته تظهر في جواز بيع الكل فعند
محمد بيعهما باعه جاز لان الشركة قد تمت في المشترى فلا ينتقض بهلاك المال بعد تمامها كما لو كان الهلاك
بعدهما بالثمن جميعا وعند الحسن بن زياد لا ينفذ بيع احدهما الا في حصته لان شركة العقد قد بطلت
بهلاك المال كما لو هلكت قبل الشراء بالآخر وانما بقي ما هو حكم الشراء وهو الملك فكانت شركته في
المتاع شركة ملك وقوله وقد بيناه اشارة الى قوله معناه اذا ادى من مال نفسه الى آخره وقوله ما اذا
هلك احدهما ثم اشترى واضح وقوله لما بيناه اشارة الى قوله لانه وكيل من جهته وقوله وانه بالخلط
اي الشركة في الاصل على تاويل الاشتراك وقوله وهذا اشارة الى قوله لان الربح فرع المال يعني وانما قلنا
ان الربح فرع المال لان المحل اي محل الشركة هو المال ولهذا انضاف اليه ونقال عقد شركة المال
ويشترط تعيين راس المال وما اعتبر التعيين الا ليكون الشركة في الثمن مستندة الى المال بخلاف
المضاربة فانها تصح بدون الخلط لانها ليست بشركة وانما هو عامل لرب المال فيستحق الربح عمالة
على عمله وهذا اصل اشارة الى قوله لان الربح فرع المال وقوله حتى يعتبر اتحاد الجنس يعني بناء على اصلهما
ذلك فانه اذا كان راس مال احدهما دراهم والآخر دنانير تنعقد الشركة بينهما صحيحة عندنا خلافا لزفر
والشافعي وكذلك ان كان راس مال احدهما بيضا والآخر سودا ولا يجوز شركة التقبل اي على قول زفر و
الشافعي لانعدام المال ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون المال وكل ما هو مستند اليه هو
الاصل اما انها مستندة الى العقد فلان العقد يسمى شركة لا المال فلا بد من تحقق معنى الاسم فيه واما ان

كل ما هو مستند اليه فهو الاصل فلان المراد بالمستند اليه هو ان يكون غيره مبنيا عليه وذلك حد الاصل وانما عبر
عنه بهذه العبارة لان الربح في الحقيقة يحصل من العقد لان كل واحد منهما يتصرف في الكل في بعضه بطريق الا صالة
وفي بعضه بطريق الوكالة فكان العقد علة الجاجة وجاز ان يضاف الحكم الى علة العلة كما جاز ان يضاف الى عين
العلة واذا كان الاصل هو العقد وهو موجود يثبت الحكم في الفرع وهو الربح وان لم يختلطا المالان والدليل
الثاني وهو قوله ولان الدراهم والدنانير لا يتعينان كالشرح للدليل الاول فان قيل لو كان العقد هو الاصل
دون المال لما بطلت الشركة بهلاك المال قبل ان يشتريا به شيئا لان هلاك المال وبقاءه اذ ذاك بمنزلة
لكون الاصل وهو العقد والمال موجود فلا يبالى بعد ذلك بعقابه اجيب بان بقاء الاصل شرط لوجود الفرع
والاصل قد انتفى بانتفاء شرطه وهو المحل فكذلك الفرع واعترض ايضا بان المالين اذا لم يختلطا بقيا متميزين
ولا شركة مع التمييز كما في العروض واجيب بان علة فساد العروض ليس التمييز بل هي ما ذكرنا من الافضا
الى ربح ما لم يضمن وقوله وصار كالمضاربة يعني لما ظهر ان الاصل هو العقد دون المال كان الربح مستحقا
بالعقد دون المال كما في المضاربة فانه ليس هناك خلط المالين والربح مشترك بسبب العقد واذا بطل ذلك
الاصل بطل الفروع المترتبة عليه فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح وتصح شركة العمل
وقوله ولا يجوز الشركة واضح وقوله ونظيره في المزارعة يعني انه اذا اشترط لاحدهما قفزان مسماة
كانت فاسدة لان الشركة تنقطع به ومن شرط المزارعة ان يكون الخارج بينهما شايعا قال ولكل واحد
من المفاوضين هذا بيان ما يجوز للشريك شركة مفاوضة او عنان ان يفعل وان لا يفعل يجوز ان يبضع
لانه معتاد في عقد الشركة والمعتاد جاز العمل به ولان له ان يستاجر على العمل لتحصيل الربح بلا خلاف
وكل من جاز له ان يستاجر لتحصيل الربح جاز له ان يبضع لان الاستيجار يحصل بعوض والابضاع ح
بدونه فكان الاستيجار اعلى ومن ملك الاعلى ملك الادنى وان يودع المال لانه معتاد ولا يجد التاجر منه
بدا وان يدفع مضاربة لانها دون الشركة الا يرى انه ليس على المضارب شي من الوضيعة وان المضاربة
لو فسدت لم يكن للمضارب شي من الربح فيمكن جعل المضاربة مستفادا بعقد الشركة لانها دون
الشركة فيتضمنها الشركة هذا ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه ليس له ذلك لانه اي عقد المضاربة نوع شركة
لانه يجاب الشركة للمضارب في الربح فيكون بمنزلة عقد الشركة وليس لاحد الشريكين ان يشارك مع
غيره بمال الشركة فكذا لا يدفعه مضاربة والاول اي جواز الدفع مضاربة اصح وهو رواية الاصل لان
الشركة يعني في المضاربة غير مقصودة وانما المقصود الربح وهو ثابت بالمضاربة فيملكها احد الشريكين
كما لو استاجر اجيرا للعمل فانه يجوز قولا واحدا فهذا اولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمته فان المضا رب
اذا عمل ولم يحصل الربح لا يجب على رب المال شي بخلاف الاجارة فان الاجير اذا عمل في التجارة ولم يحصل
شي من الربح يكون المستاجر ضامنا للاجرة بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشي لا يستتبع مثله

فان قيل

فان قيل هذا منقوض بالمكاتب فانه جاز له ان يكاتب عبده والعبد الماذون له جاز ان ياذن لعبده
فالجواب ان ذلك ليس من قبيل الاستتباع فان كل واحد منهما اطلق في الكسب واسبابه وهذا من اسباب الكسب
المطلق لهما لانه من المستتبعات وان يوكل من يتصرف فيه وهو ظاهر واعترض بان الحكم الثابت مقصودا
اعلى حالا من الثابت في ضمن شي آخر لا محالة والوكيل الذي كان توكيله مقصودة ليس له توكيل غيره
واجيب بذلك الجواب المشهور وهو قولهم كم من شي يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا والشبهة وجه القيا س
في هذه المسئلة وجوابها وجه الاستحسان وقوله لا على وجه البدل احترازا عن المقبوض على سوم الشراء
لان المقبوض على سوم الشراء قبض لاجل ان يدفع الثمن وقوله والوثيقة احترازا عن الرهن فان
المرهون مقبوض لاجل الوثيقة قال واما شركة الصنايع كلامه ظاهر وقوله لا يفيد مقصودها
اي مقصود الشريكين وهو التمييز ظاهر وفي بعض النسخ لا يفيد مقصودها اضاف المقصود الى
الشركة وان كان المقصود للشريكين باد في ملابسة وهو تلبس الشريكين بعقد الشركة وقوله ولا
يشترط فيه اي في هذا العقد اتحاد العمل والمكان خلافا لزفر ومالك رحمهما الله وقالا ان اتفقت الاعمال
كالقصارين اشتركا او صباغين جاز وان اختلفت كصباغ وقصار اشتركا لا يجوز لان كل واحد
منهما عاجز عن العمل الذي يتقبله صاحبه فان ذلك ليس من صنعه فلا يتحقق مقصود الشركة ولنا ان
المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرنا من ان المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لا يتفاوت باتحاد
العمل والمكان او اختلافهما اما الاول فلان التوكيل بتقبل العمل صحيح ممن يحسن مباشرة ذلك العمل وممن
لا يحسن لانه لا يتعين على المتقبل اقامة العمل بيده بل له ان يقيم باعوانه واجرائه وكل واحد منهما غير عاجز
عن ذلك فكان العقد صحيحا واما الثاني فلان احد الشريكين ان عمل في دكان والآخر في دكان آخر
لا يتفاوت الحال وهو ظاهر فان قيل قد تقدم ان من الفروع المترتبة على اصل زفر والشافعي في مسئلة
الخلط ان شركة التقبل لا يجوز فكيف يصح قول زفر مع مالك في جوازها اذا كانت الاعمال متفقة
اجيب بان زفر رحمه الله في هذه المسئلة اعني الخلط قولان فذكر المصنف في تلك المسئلة حكم الرواية
التي يشترط فيها خلط المال وذكر ههنا حكم الرواية التي لا يشترط ولكن اطلق في اللفظ ولم يذكر اختلاف
الروايتين فتراآ ظاهره متناقضا وقوله ولو شرطا العمل نصفين اي اذا شرطا في شركة التقبل
ولم يكن مفاوضة ان يكون العمل نصفين والربح الحاصل اثلاثا جاز استحسانا والقياس ان
لا يصح لان الضمان بقدر ما شرط عليه من العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد لتاديته
اليه اي الى ربح ما لم يضمن وصار كشركة الوجوه فان التفاوت فيها في الربح لا يجوز اذا كان
المشترى بينهما على السواء واما اذا اشترطا التفاوت في ملك المشترى فيجوز التفاوت حينئذ في الر بح
في شركة الوجوه ايضا وقوله ولكنا نقول بيان وجه الاستحسان ما ياخذه كل من الشريكين ما ياخذه

العلة ح

فوجد ح

ما يوح

ربحا الا ان الربح لا يتحقق عند اختلاف الجنس والجنس فيما نحن فيه لم يتحد لان راس المال علي والربح مال
فكان ما في اخذه بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فاذا رضيا بقدر معين كان ذلك منهما تقويما للعمل فيقدر
بقدر ما قوم به ولا يحرم لانه لم يتاد الى ربح ما لم يضمن بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق و
هو الثمن الواجب في ذمتهما دراهم كانت دراهم او دنانير والربح يتحقق في الجنس المتفق وقوله وربح ما
لم يضمن تقديره لو جاز اشتراط زيادة الربح كان ربح ما لم يضمن وذلك لا يجوز الا في المضاربة وانما جاز
فيها لوقوعه بمقابلة العمل في جانب المضارب وبمقابلة المال في جانب رب المال وليس واحد منهما في شركة
الوجوه ولا الضمان بمقابلة الربح موجودا فيلزم فيها ربح ما لم يضمن فلا يجوز وقوله ما يتقبله واحد
منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه وقوله ويبرا الدافع بالدفع اليه اي يبرا دافع الاجرة الى كل واحد من
الشريكين قيل فيجوز ان يكون معناه ويبرا الدافع من كل من الشريكين بالدفع اليه اي الى صاحب الثوب
مثلا لو اخذ احد الشريكين ثوبا للصبغ ثم دفع الآخر الثوب مصبوغا الى صاحبه برئ من الضمان و
قوله وهذا اشارة الى لزوم العمل على كل واحد منهما وهو معنى الكفالة ظاهر في المفاوضة وفي غيرها وهو
العنان استحسان اي معنى الكفالة بطريق الاستحسان والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة عن
ذكر الكفالة وليست الكفالة من مقتضاها حتى يثبت وان لم تذكر وانما هي مقتضى المفاوضة فلا يثبت
معها ما ليس من مقتضاها بدون النص بذكره ووجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية
للضمان الا يرى ان ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا اي ولكون العمل مضمونا
يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله اي تقبل صاحبه عليه ولو لم يكن مضمونا عليه لما استحق الاجر لان
الغرم بازاء الغنم فاذا كان كذلك جرى هذا العقد مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل وانما
قيد بجريانه مجرى المفاوضة بهذين الشيئين لان فيما عدا ذلكم لم يجر هذا العقد مجراها حتى قالوا اذا اقر
احدهما بدين من ثمن اشنان او صابون او اجر اجير او اجرة بيت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه الا
ببينته ويلزمه خاصة لان التنصيص على المفاوضة لم يوجد ونفاذ الاقرار يوجب المفاوضة **قال**
واما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان شركة الوجوه وهي ان يشترك الرجلان ولا مال لهما على ان يشتريا
بوجوههما اي بجاههما وامانتهما عند الناس صحيحة عندنا على هذا اي هذا على كونهما يشتريان بوجوههما
اي سميت شركة لانه لا يشترى بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس وانما تصح مفاوضة اذا كان الرجلان
من اهل الكفالة لانه حينئذ يمكن تحقق الوكالة والكفالة في الابدال اي الثمن والمثمن فيكون ثمن المشترى على
كل واحد منهما نصفه ويكون المشترى بينهما نصفين ولا بد من التلفظ بلفظ المفاوضة او بما قام مقامه
كما تقدم واذا اطلقت كانت عنانا لان المطلق ينصرف اليه لكونه المعتاد فيما بين الناس وهي اي شركة الوجوه
جايزة عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والوجه من الجانبين ما بيناه في شركة التقبل وهو ان الربح عنده فرع المال

فاذا

فاذا لم يوجد المال لا ينعقد الشركة وقلنا ان الشركة في الربح مستند الى العقد الى آخره وقوله ولا يجوز
ان يتفاضلا فيه اي في الربح فان شرطا لاحدهما الفضل بطل الشرط والربح بينهما على قدر ضمانهما وقوله
وهذا اشارة الى تحتيم المساواة في اشتراط الربح وقوله بالنصف قيد اتفاقي فانه يجوز ان يلقي باقل
من النصف ولا يستحق ما سواها فان قيل لم لا يجوز ان يستحق الزيادة لزيادة اهتدائه ومتانة رايه
وتدبيره في الامور العامة والخاصة وعلمه بالتجارة اجيب بان اشتراط زيادة الربح بزيادة العمل انما يجوز
اذا كان في مال معلوم كما في العنان والمضاربة ولم يوجد ههنا وقوله الا يرى توضيح لقوله ولا يستحق
ما سواها وقوله والاستحقاق في شركة الوجوه عود الى المبحث لاتمام المطلوب يعني ان صورة النزاع
استحقاق الربح فيها بالضمان لا بالمال ولا بالعمل وقوله على ما بينا قيل هو اشارة الى ما ذكره في شركة
التقبل بقوله لان الضمان بقدر العمل والزيادة عليه ربح ما لم يضمن وقيل هو اشارة الى قوله بخلاف
شركة الوجوه لان جنس المال متفق الى آخره وتقرير كلامه استحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان
والضمان على قدر الملك في المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضا ربة
فانه يصح فيها لما ذكرنا من وجود مقابلته بالمال والعمل والوجوه اي شركة الوجوه ليست في معناها لان
المال فيها مضمون على كل واحد من الشريكين واما المال في المضاربة فليس بمضمون على المضارب ولا العمل على
رب المال بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد يعمل في مال صاحبه كالمضارب يعمل في مال رب
المال فيلحق بها قيل فيه نظر لان ربح ما لم يضمن لو جاز في العنان لشبهها بالمضاربة لصح الشركة
بالعروض في العنان لان العنان مشبه بالمضاربة فكان علة تجويز ربح ما لم يضمن موجودة لكن
لا يجوز ذلك لما تقدم انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن والجواب ان العنان بالعروض لو كان يؤدي الى ربح
ما لم يضمن لا عمعه فاه لكن انضم الى ذلك جهالة راس المال والربح عند القسمة وليس في المضاربة ما يقتضي
اعتباره حتى يلحق به وهذا الجواب ينزع الى تخصيص العلة فاما ان يلتزم مساغه او يصار الى
تخلصه المعلوم في الاصول **فصل في الشركة الفاسدة** وجه فصل الفاسدة عن الصحيح
وتاخيره عنه لا يخفى على احد وكلامه واضح وقوله لان امر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه دليلا ن
على المطلوب بتقريرين الاول المدعى ان التوكيل في اخذ المباح باطل لانه يقتضي صحة امر الموكل بما وكل به و
هو اخذ المباح وامر الموكل باخذه غير صحيح لكونه صادرا في غير محل ولايته وتقرير الثاني التوكيل باخذ
المباح باطل لان الوكيل يملكه بدون امر الموكل ومن ملك شيئا بدون امر الموكل لا يصلح ان يكون نائبا عنه
لان التوكيل اثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل وليس بثابت للوكيل وهذا المعنى لا يتحقق فيمن يملك
بدون امره لئلا يلزم اثبات الثابت ونوقض الثاني بالتوكيل بشراء عبد غير معين فان الوكيل يملكه
بدون امر الموكل بان شراه لنفسه قبل التوكيل وبعده ومع ذلك صلح ان يكون نائبا عن الموكل والجواب ان

معناه تملكه بدون امر الموكل بلا عقد وصورة النقض ليست كذلك فانه لا يملكه الا بالشراء وقوله فللمعين
اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد وعند ابي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه
اي في كتاب الشركة من المبسوط قيل بتقديم ذكر محمد رحمه الله على ابي يوسف رحمه الله في الكتاب وكذا
تقديم دليل ابي يوسف رحمه الله على دليل محمد رحمه الله في المبسوط دليل على انهم اختاروا قول محمد ووجه قول
ابي يوسف انه رضي عنه بنصف المجموع وان كان ذلك مجهولا لانه يعلم في المآل وكانت جهالته على شرف — في الحال ح
الزوال فانه بعرضة ان يصير معلوما عند الجمع فاذا كان راضيا في الابتداء بنصف المجموع وقد
فسد العقد كان راضيا بنصف ثمن المجموع في الانتهاء فلا يجاوز به نصفه لانه يعتبر رضاه
في اسقاط حقه عن مطالبة الزيادة ووجه قول محمد رحمه الله انه لا يمكن تقديره اي تقدير اجر
المثل بنصف ثمن المجموع لانه مجهول جهالة متفاحشة جنسا وقدرا حيث لا يدري اي نوع من الحطب
يصيبان واي قدر منه يجمعان ولا بد بان ايضا هل يجدان ما عقدا عليه عقد الشركة او لا يجدان
فاذا كان كذلك لا يمكننا ان يقال ان المعين رضي بنصف المسمى من الحطب وغيره لان الرضا بالمجهول لا
يتحقق فيجب الاجر بالغا ما بلغ الا يرى انه لو اعانه عليه فلم يصيبا شيئا كان له الاجر بالغا ما
بلغ فههنا اولى لانهما اصابا وقوله واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللاخر راوية الراوية في الاصل
بعير السقا لانه يروي الماء اي يحمله ثم كثر حتى استعمل في المزادة وهي المرادة ههنا قال ابو عبيد
المزادة لا يكون الا من جلدين يقام بجلد ثالث بينهما ليتسع والجمع مزاد ومزايد وقوله لان
الربح فيه تابع للمال فيتقدر بقدره فيه نظر لان الربح عندنا فرع للعقد كما مر وكل فرع تابع
وكونه تابعا انما هو مذهب الشافعي كما تقدم فكان الكلام متناقضا والجواب انه تابع للعقد اذا — للمال ح
كان العقد موجودا وههنا قد فسد العقد فيكون تابعا للمال لانه شرط فان العلة اذا لم يصلح لا — ضافه
الحكم ليما يضاف الى الشرط والريع عبارة عن الزيادة يقال اخرجت الارض ريعا اي غلة النماء زيادة و — الريع النماء والزيادة صح
قوله على ما بيناه من قبل اشارة الى ما ذكره في باب احكام المرتدين في قوله وان لحق بدار الحرب مرتدا
وحكم بلحاقه الى قوله ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في احكام الاسلام الى آخره
وقوله لانه اي الموت عزل حكمي لكون موت الموكل موجبا عزل الوكيل حكما لتحول ملكه الى ورثته فلا
يتوقف حكمه على ثبوت العلم به الا يرى ان الوكيل ينعزل بموت الموكل وان لم يعلم الموت وقوله واذا بطلت
الوكالة بطلت الشركة متصل بقوله والوكالة تبطل بالموت واعترض بانه قد تقدم ان الوكالة
قد تثبت في ضمن الشركة واذا كان كذلك كانت تابعة لها ولا يلزم من بطلان التابع بطلان المتبوع و
اجيب بان الوكالة تابعة للشركة من حيث انها شرطها لا يصح الشركة بدون الوكالة اشار المصنف رحمه الله تعالى
ذلك آنفا بقوله ولا بد منها اي الوكالة لتحقق الشركة واذا كانت شرطا لا يتحقق بقاء المشروط بدونه وقوله

لانه

لانه اي الفسخ عزل قصدي فيتوقف على العلم **فصل** لما كانت احكام هذا الفصل
ابعد من مسائل الشركة من قبل انها ليست من مسائل التجارة اخرها في فصل على حدة وكلامه
واضح لا يحتاج الى شرح سوى ما نذكره قوله اما اذا ادّيا معا ضمن كل واحد منهما نصف صاحبه
يعني عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وقوله لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر يعني اداء بعض ماله على
يد الوكيل الا لدفع الضرر اي بقاء الواجب في ذمته وقوله لانه عزل حكمي اعترض عليه بانه يشكل
بالوكيل بقضاء الدين فان هناك اذا قضى الموكل بنفسه ثم قضى الوكيل فان علم باداء الموكل فهو
ضامن وان لم يعلم لم يضمن شيئا فقد فرق هناك بين العلم وعدمه مع انه حصل العزل الحكمي
هناك ايضا باداء الموكل واجيب بان الوكيل بقضاء الدين مامور بان يجعل المؤدى مضمونا على
القابض على ما هو الاصل لان الديون تقضى بامثالها وذلك يتصور بعد اداء الموكل فلم يكن اداء — وه
موجبا عزل الوكيل حكما يوضح الفرق ان هناك لو لم يوجب الضمان على الوكيل بجهله باداء الموكل
لا يلحق الموكل فيه ضرر لانه يتمكن من استرداد المقبوض من القابض وتضمينه ان كان هالكا
وههنا لو لم يوجب الضمان ادى الى الحاق الضرر بالموكل لانه لا يتمكن من استرداد الصدقة من
الفقير ولا تضمينه والضرر مدفوع فلهذا وجب الضمان بكل حال واعترض عليه ايضا بان
زكوة كل واحد يسقط عنه بعد ادائه فيترتب عليه عزل وكيله وحالما يؤدي عنه الوكيل لم
يحكم بسقوط الزكوة عن موكله فلم يجب عزل الوكيل عن الاداء واجيب عنه بانه امره باداء
الزكوة عنه في حال استقرار الزكوة على الآمر وعندما يؤدي الموكل عن نفسه الزكوة الحالة
حالة زوال الزكوة وسقوطها عنه فلا يوصف في هذه الحالة انها حالة استقرار الزكوة فكان
اداؤها على غير الوجه المأذون فكان مخالفا لما امره لذلك ضمن وقوله واما دم الاحصار جواب
عن قوله فصار كالمامور بذبح دم الاحصار وتقريره انا لا نسلم ان المامور بذبح دم الاحصار
لا يضمن اذا ذبح بعد زوال الاحصار ولئن سلمنا انه لا يضمن بالاتفاق لكن الفرق بينهما ان
دم الاحصار ليس بواجب البتة لانه لو صبر الى ان يزول الاحصار لم يطالب بدم الاحصار فلم
يمكن ان يقال ان المقصود حصل بفعل المحصر قبل فعل المامور فعري فعل المامور عن
المقصود بخلاف اداء الزكوة فانه واجب وكان اسقاط الواجب امرا مقصودا وقد حصل
هذا المقصود باداء الآمر نفسه فعري فعل المامور عن المقصود فيضمن وقوله واذا اذن احد — اذن بيان
المتفاوضين صورة المسئلة ظاهرة وتقرير دليلهما انه ادى دينا عليه خاصة من مال مشترك و
كل من فعل كذلك يرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة وقوله وهذا بيان لقوله انه
ادى دينا عليه خاصة لان الملك واقع خاصة بدليل حل وطئها والثمن بمقابلة الملك فكان الدين عليه

عليه خاصة ولابي حنيفة ان الجارية دخلت في الشركة على البتات وادى المشتري ثمنها من مال الشركة
وكل ما دخل في الشركة وادى المشتري ثمنها من مال الشركة لا يرجع عليه صاحبه بشيء كما لو اشتراها
قبل الاذن وادى ثمنها من مال الشركة فانه لا يرجع عليه بشيء وبين دخولها في الشركة بقوله جريا
على مقتضى الشركة اي شركة المفاوضة فان ذلك يقتضي دخول ما ليس يستثنى كالطعام والكسوة
تحتها وشراء الجارية ليس يستثنى فيدخل تحتها لانهما لا يملكان تغيير مقتضى الشركة مع بقائها الا
يرى انهما لو شرطا التفاوت بينهما في ملك المشتري لم يعتبر مع بقاء عقد الشركة فان قيل لو كانت
واقعة على الشركة كيف كان يحل وطئها اجيب بانه كان يحل وطئها كما يحل اذا وهبه نصيبه بعد الشراء
بغير اذن وقوله غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه استثناء من قوله فاشبه حال عدم الاذن فانه
كان مما يوهم ان يقال كيف يشبه حال عدم الاذن فهناك لم يحل وطئها وبعد الاذن يحل فازال ذلك
بقوله غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطي لا يحل الا بالملك ولا وجه الى اثباته بالبيع
بقي لا يمكن ان يقال حل الوطي بناء على انه اشترى جميعها لنفسه لما بينا انه يخالف مقتضى الشركة يريد به
ما ذكرنا آنفا من قوله جريا على مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن فكانه
قال اشتر جارية بيننا وقد وهبت نصيبي منها لك فجازت الهبة في المشاع لان الجارية مما لا يقسم بخلاف الطعام
والكسوة حيث يقع للمشتري خاصة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد
فكان دينا عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا قضى دينا عليهما لما بينا انها دخلت في الشركة وقد بحث من
وجهين احدهما انه من قال اعتق عبدك عني ولم يذكر المال ففعل لا يصير هبة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله والعتق يقع عن المامور لانتفاء القبض الذي هو شرط الهبة فكيف صار هبة فيما نحن فيه والثاني ان
الملك يثبت في نصيب الشريك بالهبة حكما للاذن بالوطي والملك لا يثبت في الجارية بالهبة حكما للاحلال فان
من قال لغيره احللت لك وطي هذه الجارية لا يصير ملكا للمخاطب حكما للهبة بالاحلال والجواب عن الاول
ان ذلك انما لا يصير هبة لانتفاء القبض الذي هو شرطها وما نحن فيه ليس كذلك لانه يقبض بعد الشراء على الشركة
وهو وكيل ثم يقبض لنفسه وعن الثاني ان المصنف اشار الى ذلك بقوله في ضمن الاذن وجاز ان يثبت الشيء ضمنا ولا يثبت
قصدا وقوله وللبائع ان ياخذ بالثمن ايهما شاء ظاهر

كتاب الوقف

مناسبة ذكر الوقف بعد الشركة هي ان المقصود بكل منهما الانتفاع بما يزيد على اصل المال وهو مصدر وقفت
الدابة وقوفا ووقفتها انا يتعدى ولا يتعدى ووقفت الدار على المساكين وقفا واوقفها لغة ردية
وعرفه شمس الائمة السرخسي بانه حبس المملوك عن التمليك من الغير وسببه طلب الزلفى وشرطه كون الواقف
حرا عاقلا بالغا وكون المحل غير منقول وركنه ارضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين وحكمه خروج
الوقف اعني الموقوف عن ملك الواقف وعدم دخوله في ملك الموقوف عليه وكلامه واضح وما عرفه به ابو حنيفة

رضي الله

رضي الله عنه يقتضي ان لا يصح الوقف لانه قال والتصدق بالمنفعة والتصدق بالمعدوم لا يصح وقوله
وهو راجح الى قوله فلا يجوز الوقف اصلا هو الملفوظ في الاصل يعني المبسوط ولكنه نقله بالمعنى لا بعين
لفظه فان لفظ المبسوط فاما ابو حنيفة فكان لا يجيز ذلك ثم قال ومراده ان لا يجعله لازما فاما اصل
الجواز فثابت عنده كالعارية تصرف المنفعة الى جهة الوقف وتبقى العين على ملك الواقف فله ان
يرجع ويجوز بيعه ويورث عنه ولا يلزم الا بطريقين قضاء القاضي بلزومه لكونه مجتهدا فيه
واخراجه مخرج الوصية بان يقول اوصيت بغلة داري فحينئذ يلزم وعندهما هو حبس العين
على حكم ملك الله فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه يعود المنفعة الى العباد فيلزم فلا يباع ولا
يورث وقوله واللفظ اي لفظ الوقف ينتظمهما اي يتناول ما قال ابو حنيفة رضي الله عنه حبس العين على
ملك الواقف وما قالاه وهو حبس العين على حكم ملك الله تعالى انتظاما واحدا من غير ترجيح فلا بد من
دليل مرجح ثم ابتدا ببيان دليلهما بقوله لهما قول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه روى صخر بن
جويرية عن نافع ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه كانت له ارض تدعى ثمغ وكانت نخلا نفيسا فقال
عمر رضي الله عنه يا رسول الله اني استفدت مالا وهو عندي نفيس افاتصدق به قال تصدق باصله
لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن ينفق من ثمرته فتصدق به رضي الله عنه في سبيل الله وفي الرقاب
والضيف والمساكين وابن السبيل ولذي القربى منه ولا جناح على من وليه ان ياكل بالمعروف او يوكل
صديقا له غير متمول عنه وهذه الارض كانت سهم عمر رضي الله عنه بخيبر حين قسم رسول الله صلى الله
عليه وسلم خيبر بين اصحابه وثمغ لقب لها وهي بفتح الثاء المثلثة وسكون الميم والغين المعجمة وقوله
له نظير وقوله اذ لم يظهر في الشرع وهو المسجد لبيان نفي الاستبعاد وان يخرج من ملك الواقف و
لا يدخل في ملك غيره فان اتخاذ المسجد لازم بالاتفاق وهو اخراج لتلك البقعة عن ملكه من غير ان
يدخل في ملك احد ولكنها تصير محبوسة لنوع قربة فكذلك في الوقف ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام
لا حبس عن فرائض الله تعالى اي لا مال يحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته لكنهم يحملون هذا
الاثر على ما كان عليه اهل الجاهلية من البحيرة والسائبة والوصيلة والحام ويقولون الشرع ابطل ذلك
كله ولكنا نقول النكرة في موضع النفي تعم فيتناول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث الا ما قام عليه دليل
وقوله جاء محمد صلى الله عليه ببيع الحبيس يدل على ان لزوم الوقف كان من قبلنا وان شريعتنا نسخت
ذلك وقوله كالسائبة هي الناقة التي تسيب لنذر وكان الرجل يقول اذا قدمت من سفري او برئت من
مرضي فناقتي سائبة ومعناه ان الوقف بمنزلة تسييب اهل الجاهلية من حيث ان العين لا يخرج من ان يكون
مملوكا له بل منتفعا بها فانه لو سيب دابته لم يخرج من ملكه فكذلك اذا وقف ارضه او داره
وقوله بخلاف الاعتاق جواب عما يقال لو كان ازالة الملك لا الى مالك غير مشروع لما جاز العتق فانه ازالة

الملك الثابت في العبد من غير تمليك لاحد وقوله وبخلاف المسجد جواب عن قياسهم الوقف على المسجد
وقوله قال في الكتاب يعني مختصر القدوري لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته
صورة الحكم ان يسلم الواقف ما وقفه الى المتولي ثم يريد ان يرجع فينازعه بعدم اللزوم فيختصما
الى القاضي فيقضي القاضي بلزومه وقوله فالصحيح انه لا يزول ملكه يعني ان المشايخ اختلفوا
على قول ابي حنيفة رضي الله عنه فقيل يزول الملك بالتعليق بالموت لانه وقت خروج الاملاك
عن ملكه بالتعليق فالتعلق به يدل على ان مراده الخروج من الملك وقيل لا يزول وهو
الصحيح لان الوقف تصدق بالغلة وهو لا يستدعي زوال اصل الملك ولانه تصدق بالغلة
دايما ولا يمكن التصدق بها هكذا الا اذا بقي اصل الموقوف عليه على ملكه الا انه تصدق بها
موبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع موبدا فيلزمه والمراد بالحاكم المولى اي الذي ولاه
الخليفة عمل القضا واما المحكم وهو الذي يفوض اليه الحكم في حادثة معينة باتفاق الخصمين
ففيه اختلاف المشايخ قال في كتاب القضا من خلاصة الفتاوى واما حكم المحكم في اليمين
المضافة وساير المجتهدات فالاصح انه ينفذ لكن لا يفتى به وقوله قال الطحاوي بمنزلة الوصية
بعد الموت يعني يلزم الوقف حينئذ على مذهب ابي حنيفة رضي الله عنه بخلاف الوقف فانه لا يلزم
عنده ثم قال الطحاوي في مختصره وقد روى محمد عن ابي حنيفة رحمهما الله ان ذلك لا يجوز منه
في مرضه كما لا يجوز في صحته ثم قال وهو الصحيح على اصوله وقال المصنف رحمه الله انه لا يلزم عند
ابي حنيفة رضي الله عنه لان المباشرة في المرض كالمباشرة في الصحة حتى لا يلزم ولا يمنع الارث كالعارية
وعندهما يلزم الا انه معتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال وقوله وقد يكون تبعا
لغيره فياخذ حكمه اي يثبت التمليك من الله تعالى ضمنا للتمليك من غير الله وان كان لا يثبت التمليك من
الله قصدا فياخذ التمليك من الله حكم التمليك من غيره حتى يشترط فيه التسليم والقبض وقوله
فصار بمنزلة الزكوة والصدقة يعني صار التمليك من الله تعالى في الوقف في ضمن التسليم الى العبد بمنزلة
تمليك المال من الله تعالى في الزكوة حيث يتحقق التمليك في ضمن التسليم الى الفقير قال واذا صح
الوقف على اختلافهم اذا صح الوقف على ما اختلف فيه المشايخ من انه يصح عندهما ولا يصح عند
ابي حنيفة على ما هو الملفوظ في الاصل والاصح الصحة عند الكل خرج عن ملك الواقف يعني على
قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لانه لو دخل في ملكه جاز له اخراجه
عن ملكه كساير املاكه ولما انتقل الحق بعده ممن شرط الواقف لكن ليس كذلك بالاتفاق وقوله
يجب ان يكون قولهما على الوجه الذي سبق تعديده اعترض عليه بانه ذكر قبل هذا لا يزول ملك
الواقف الا ان يحكم به الحاكم وهذا الاستثناء انما يحتاج اليه على قول ابي حنيفة في جواز الوقف

عن ملك

عن ملك الواقف واما قولهما فان الملك يزول بدون حكم الحاكم ثم الدليل الصحيح يقتضي عدم جواز الخروج
عن الملك لان الخروج يقتضي ان لا يصح شرطه في صرف الغلة كما اذا اعتق عبده بشرط ان يصرف غلته
الى كذا او جعل ارضه مسجدا بشرط ان يصلي فيه فلان دون فلان فان التصرف في غير ملكه غير
صحيح والجواب عن الاول ما ذكره في الكتاب هاهنا انما هو في الصحة وما ذكره قبل هذا فانما
هو في اللزوم والصحة لا يستلزم اللزوم فكان القول بخروج الوقف عن ملك الواقف اذا صح
الوقف قولهما لا قول ابي حنيفة رحمه الله الا اذا حكم الحاكم فانه حينئذ يكون خروج الوقف
عن ملك الواقف قول الكل سلمنا ان الصحة هاهنا بمعنى اللزوم لكن لا يلزم من اللزوم الخروج عن
ملك الواقف عند ابي حنيفة لان الوقف عنده معروف بحبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة
وذلك يمنع عن الخروج لا محالة وعن الثاني بان خروج الملك الى الله تعالى قربة لا يمنع التصرف فيه
ممن خرج عنه الا يرى ان القربان يصير بالاراقة لله تعالى ثم ان صاحبه يتصرف فيه بالاكل والاطعام
والتصدق به بتولية الشرع لكونه المتقرب به فجاز ان يكون امر الوقف كذلك بخلاف العبد فانه
يصير مالكا لمنافعه فلا يعمل فيه تصرف غيره واما المسجد فالاصل الكعبة والمسجد الحرام وفيه سواء
العاكف فيه والباد واما الباني فعلمنا ان الله تعالى لم يرد التخصيص الى الذي جعله مسجدا وانما الحقه
بالمسجد الحرام والكعبة وقوله لان القسمة من تمام القبض بيانه ان القبض للحيازة والحيازة فيما
يقسم انما هي بالقسمة وقوله ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف لا خلاف بينهما ان القسمة فيما
يقسم من تمام القبض وانما الخلاف بينهما في ان اصل القبض شرط او لا فعند ابي يوسف ليس بشرط فكذا
تمامه وعند محمد شرط فكذا تمامه واما فيما لا يقسم فمحمد ايضا يجوزه ويعتبره بالهبة والصدقة
المنفذة اي الصدقة الخاصة المسلمة الى الفقير وهو احتراز عن الصدقة الموقوفة وهي ما نحن فيه وقوله
الا في المسجد والمقبرة استثناء من قوله ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف فانه لا يتم مع الشيوع
فيما لا يحتمل القسمة بان كان الموضع صغيرا لا يصلح لما اراده الواقف من اتخاذ المسجد والمقبرة على تقدير
القسمة والحاصل ان جعل المسجد والمقبرة في المشاع الذي لا يحتمل القسمة لا يجوز اصلا لا قبل القسمة
وهو حال كونه مشاعا ولا بعدها اما قبلها فان بقاء الشركة يمنع الخلوص على ما سيجيء واما بعدها فلان
فرض المسئلة فيما اذا كان الموضع غير صالح لذلك لصغره فبقي ان يكون بطريق المهايات والمهايات
فيهما في غاية القبح لاخر ما ذكر في الكتاب وهو ظاهر قال ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة و
محمد رحمهما الله لا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد حتى يجعل اخره بجهة لا تنقطع مثل ان يقول على كذا و
كذا ثم على فقراء المسلمين حينا وجدوا اصلا وقال ابو يوسف اذا سمى جهة تنقطع مثل ان يقف على اولا
او على امهات اولاده جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون

التمليك يعني لا الى مالك وكل ما كان زوال الملك بدونا لتمليك فانه يتابد كالعتق فوجب الوقف يتابد واذا كان
الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوقف عليه اي على الوقف مقتضاه ولهذا كان التوقيت مبطلا له لانه ينافي موجبه
كالتوقيت في البيع قيل في كلام المصنف تناقض على قول ابي حنيفة لانه ذكر في اول كتاب الوقف ان الوقف
عنده حبس العين على ملك الواقف فكان موجبه عدم زوال الملك عن الواقف ثم قال ههنا موجبه زوال
الملك واجيب بان هذا قول محمد ورواية عن ابي حنيفة والمذكور في اول الكتاب هو قول ابي حنيفة في رواية
اخرى فيكون عنه في المسئلة روايتان وقيل المراد ههنا ما اذا حكم الحاكم بصحة الوقف ولزومه فحينئذ
يخرج الوقف عن ملك الواقف بالاتفاق وهذا اوفق واقول هذا ليس بمناسب لما تقدم من قول المصنف يجب
ان يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره ولابي يوسف ان المقصود من الوقف هو التقرب الى الله تعالى وهو
موفر عليه فيما اذا جعل على جهة ينقطع لان التقرب تارة في الصرف الى جهة ينقطع واخرى الى جهة يتابد
فيصح في الوجهين وعلى هذا لو انقطعت الجهة عاد الوقف الى ملكه ان كان حيا والى ملك ورثته
ان كان ميتا ولقائل ان يقول هذا التعليل غير مطابق لما ذكر من تعليل ابي يوسف لانه قال وصار بعد ها
للفقراء وان لم يسمهم وذلك يدل على التابيد شرط والجواب ان المروي عن ابي يوسف امران احدهما
انه لا يشترط التابيد اصلا والثاني انه يشترط لكن لا يشترط ذكره باللسان والمصنف اشار الى
القول الاول بالتعليل والى الثاني بذكر المذهب واستدل عليه بقوله وقيل ان التابيد شرط بالاجماع الى اخره
وفي كلامه تعقيد لا محالة وقوله وهذا على الارسال اي ما ذكره القدوري من قوله ولا يجوز وقف
ما ينقل ويحول على الاطلاق مقصودا او تبعا كراعا او غيره تعاملوا فيه او لا قول ابي حنيفة وقال الكرة
جمع اكار وهو الزراع كانه جمع آكر تقديرا وقوله وابنيتها في الوقف اي وقف الارض التي عليها
ذلك بناء كوقف الخانات والرباطات وقوله لانه لما جاز افراد بعض المنقول يعني من غير ان يجعل تبعا
لشيء كما في المنقار ومثل الفاس والقدوم والمر عنده اي عند محمد فلان يجوز الوقف اي وقف المنقول
والمراد بالكراع ههنا هو الخيل لمناسبة ذكر السلاح وقوله لما بينا من قبل يعني ما مر ان شرط التابيد
والتابيد لا يتحقق في المنقول والمراجل قدور النحاس وقوله الحاقا بها بالمصاحف يعني ان وقف المصاحف
صحيح فكذا الكتب ذكر في فتاوى قاضي خان اختلف المشايخ في وقف الكتب وجوزه الفقيه ابو الليث
وعليه الفتوى وقوله كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء اصله احتراز عن الدراهم والدنانير فان الانتفاع
الذي خلقت الدراهم والدنانير لاجله وهو الثمنية لا يمكن بها مع بقاء اصلها في ملكه وقوله ويجوز
بيعه احتراز عن حمل النافة والجارية فانه لا يجوز بيعه فكذا وقفه ايضا وقولنا ان الوقف في المنقول
لا يتابد وهو ظاهر وما لا يتابد لا يجوز وقفه لان التابيد لا بد منه على ما بيناه فصار المنقولات
كالدراهم والدنانير وقوله بخلاف العقار جواب عن اعتباره بالعقار وقوله ولا معارض من حيث

قال في البزازية اذا وقف الدراهم او الدنانير او الطعام او ما يكال يجوز ويدفع النقد وثمن غير النقد لما بيع
والموزون بعد البيع مضاربة او بضاعة ويصرف الربح الى ما وقف عليه وقال في الخانية وعن
زفر في رجل وقف الدراهم او الطعام او ما يكال او ما يوزن قال يجوز قيل له وكيف
يكون قال يدفع الدراهم مضاربة ثم يدفع بفضلها في الوجه
الذي وقف عليه وما يكال ويوزن يباع فيدفع
ثمنه بضاعة او مضاربة
اخ

السمع جواب عن قوله فاشبه الكراع والسلاح ووجهه ان الاصل لا يجوز وقف الكراع والسلاح
ايضا كالدراهم لانا تركناه بمعارض راجح من حيث السمع وقوله ولا من حيث التعامل جواب عما
يقال ترك الاصل في الكراع والسلاح بمعارض من حيث السمع وهو ليس بموجود في المر والقدوم
وغيرها فليكن صورة النزاع مقيسة على ذلك ووجهه ان لها معارضا من حيث التعامل و
ليس بموجود في صورة النزاع كالعبيد والاماء والثياب والبسط وامثالها فبقي على اصل القياس
وقوله وهذا استظهار على ان الحاق غير العقار والكراع والسلاح بهما غير جائز لان غيرهما
لغوتهما ليس في معناهما ولم يذكر التعامل اعتمادا على شهرة كون التعامل قوي من القياس فجاز ان
يترك به قال واذا صح الوقف لم يجز بيعه اي اذا لزم الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه الا ان يكون مشاعا
عند ابي يوسف فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته فقوله الا ان يكون مشاعا استثناء من
قوله لم يجز بيعه وهو منقطع او متصل لان معنى المبادلة في قسمة العقار راجح فجعل كانه بيع
استثناء اما امتناع التمليك فلما بينا يعني ما روي من قوله صلى الله عليه وسلم تصدق باصلها لا يباع
ولا يوهب وما ذكر من المعنى بقوله ولان الحاجة ماسة الى اخره وقوله واما جواز القسمة ظاهر
وقوله فهو الذي يقاسم اي الواقف هو الذي يقاسم شريكه لا القاضي وقوله خالص حقه عقارا اي لو
كان له عقار مائة ذراع وهو خالص له لا شركة لغيره فيه فوقف منه خمسين ذراعا وجب ان يكون المقاسم
ههنا غير الواقف لئلا يلزم ان يكون الشخص الواحد مطالبا ومطالبا فان مقاسم النصف الذي
هو الوقف مطالب من مالك النصف الذي هو غير وقف ومالك النصف يطالبه وهو الواقف بعينه
المقاسم لنصف الوقف فكان مطالبا ومطالبا وهو لا يجوز فيرفع امره الى القاضي ليقاسمه او
يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه ولو كان في القسمة فضل
دراهم بان كان احد النصيبين اجود فدعت الضرورة الى ادخال الدراهم في القسمة او تراضيا
على ذلك فان ادخال الدراهم في القسمة لا يجوز الا الضرورة او التراضي على ما سيأتي في كتاب القسمة
ان شاء الله تعالى فلا يخلو اما ان يكون الواقف ياخذ الدراهم ويعطيها فان كان الاول لم يجز لانه
يعطي بمقابلة الدراهم شيئا من الوقف وبيع الوقف لا يجوز وان كان الثاني جاز لانه حينئذ يشتري
شيئا بمقابلة الدراهم ويقفه وهو جائز وقوله لان الخراج بالضمان هذا لفظ الحديث وهو من جوامع
الكلم ولاحرازه معاني جمة جرى مجرى المثل واستعمل في كل مضرة بمقابلة منفعة ومعناه ههنا ان غلة
الوقف لما كانت للموقوف عليهم كانت العمارة عليهم ايضا ثم ان كان الوقف على الفقراء لا يظفر بهم اي
لا يفوز المتولي بهم لعدم تعينهم وعسرهم واقرب اموالهم الى المتولي هذه الغلة فيجب فيها وقوله
لو كان الوقف على رجل بعينه ظاهر وقوله ولا يؤخذ من الغلة يعني حتما لانه قال فهو في ماله اي في مال شاء

يكون
الى ما وقف عليه

وهذه الغلة ايضا من ماله فلو لم يقيد بذلك تناقض كلامه وقوله ولو كان الوقف على الفقراء يعني لا على
رجل بعينه فكذلك عند البعض اي لا يصرف غلة الوقف الى زيادة عمارة لم تكن في ابتداء الوقف بل يصرف
الى الفقراء وعند آخرين يجوز ذلك والاول وهو ان يكون البناء الثاني مثل الاول لا ان يزاد عليه اصح
لما ذكر في الكتاب وهو واضح وقوله وان وقف دارا على سكنى ولده ظاهر وقوله والاول اولى
يدل بدل اجارتها الحاكم وعمارتها باجرتها ثم ردها الى من له السكنى والثاني هو ترك العمارة و
استفيد ذلك بقوله لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى اصلا وقوله في حيز التردد وبيانه ان الامتناع
يحتمل ان يكون لبطلان حقه ويحتمل ان يكون لنقصان ماله في الحال ولرجاية اصلاح القاضي و
عمارته ثم رده اليه وقوله ولا يصح اجارة من له السكنى اضافة المصدر الى فاعله وهذا لان الاجارة
تمليك المنافع بعوض ولا تمليك من غير المالك ومن له السكنى ليس بمالك ونوقض بالمستاجر فان
له ان يوجر الدار وليس بمالكها واجيب بانه مالك المنفعة ولهذا قامت العين في ابتداء
العقد مقام المنفعة لئلا يلزم تمليك المنفعة المعدومة ومن له السكنى ليس له المنفعة ولهذا
لم يقم العين مقام المنفعة في ابتداء الوقف ولا يلزم من جواز تمليك المالك جواز تمليك غيره قال
وما انهدم من بناء الوقف وآلته قال صاحب النهاية قوله وآلته يحتمل ان يكون مجرورا بالعطف على
البناء يعني ما انهدم من آلة الوقف بان بلي خشب الوقف وفسد ويحتمل ان يكون مرفوعا بالعطف
على ما الموصولة وهو المنقول عن الثقات لانه لا يقال انهدمت الآلة والنقض بضم النون
البناء المنقوض وفي الصحاح ذكره بكسر النون لا غير وقوله ولا يجوز على قياس قول محمد بناء على
ان التسليم الى المتولي شرط عنده ولم يوجد قال الصدر الشهيد الفتوى على قول ابي يوسف ترغيبا
للناس في الوقف وقوله فقد قيل يجوز بالاتفاق هو رواية المبسوط والذخيرة والتتمة وفتاوى
قاضي خان وهذا ظاهر على اصل ابي يوسف فانه لو شرط بعض الغلة او كلها لنفسه في حال حيوته جاز
فلامهات اولاده اولى وانما الاشكال على قول محمد فانه لا يجوز ان يشترط ذلك لنفسه فاشتراطه
لامهات اولاده في حيوته بمنزلة الاشتراط لنفسه ولكن جوز ذلك استحسانا للعرف ولانه لا بد
من تصحيح هذا الشرط لهن لانهن يعتقن بموته فالاشتراط لهن كاشتراط لساير الاجانب
فيجوز ذلك في حيوته ايضا تبعا لما بعد الوفاة وقد قيل على الخلاف ايضا وهو الصحيح لان
اشتراطه لهم في حيوته اي اشتراط صرف غلة الوقف لامهات اولاده ومدبريه وذكر الضمير تغليبا
للمدبرين على امهات الاولاد كاشتراط لنفسه ثم اشتراط صرف الغلة لنفسه في ابتداء الوقف جايز بدون
واسطة عند ابي يوسف فكذا يجوز اشتراط صرف الغلة الى نفسه انتهاء بواسطة اشتراط صرف الغلة الى امهات
اولاده ومدبريه ووجه قول محمد ان الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذي قدمناه اي بطريق

التقرب الى الله فاشتراط الكل او البعض لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة
فانه لا يجوز ان يسلم قدرا من ماله للفقير على وجه الصدقة بشرط ان يكون بعضه له وشرط بعض
بقعة المسجد لنفسه فقوله وشرط بالجر عطفا على قوله كالصدقة المنفذة ومعناه ان جعل بعض المسجد
لنفسه كان مانعا عن الجواز في الكل فكذا اذا جعل بعض الغلة لنفسه وقوله ولابي يوسف ما روي ان
النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل من صدقته ذكر الحديث شيخ الاسلام في مبسوطه والمراد منها الصدقة
الموقوفة ولا يحل الاكل منه الا بالشرط بالاجماع فدل على صحته وقوله على ما بيناه اشارة الى ما ذكره
عند قوله ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره الى جهة لا ينقطع ابدا بقوله لهما ان موجب
الوقف زوال الملك بدون التمليك والى قوله ولابي يوسف ان المقصود هو التقرب فعلم من هذا الوجه
ان الوقف ازالة الملك الى الله على وجه القربة ولو شرط الواقف ان يستبدل بها ارضا اخرى اذا شاء ذلك
جاز عند ابي يوسف كما هو مذهبه في التوسع في الوقف وعند محمد الوقف جايز والشرط باطل لان
هذا الشرط لا يوثر في المنع من زواله والوقف يتم بذلك ولا ينعدم به معنى التابد في اصل
الوقف فيتم الوقف بشروطه ويبقى الاستبدال شرطا فاسدا فيكون باطلا في نفسه كالمسجد
اذا شرط الاستبدال به او شرط ان يصلي فيه قوم دون قوم فالشرط باطل واتخاذ المسجد
صحيح فهذا مثله ولو شرط الواقف الخيار لنفسه في الوقف ثلثة ايام جاز الوقف والخيار عند
ابي يوسف بناء على توسعه كما مر وعند محمد الوقف باطل وانما قيد بقوله ثلثة ايام ليكون مدة
الخيار معلومة حتى لو كانت مجهولة لا يجوز الوقف على قول ابي يوسف ايضا وقوله وهذا اي
الخلاف بناء على ما ذكرناه اشارة الى ان جعل غلة الوقف لنفسه جايز عند ابي يوسف فانه لما جاز ان
يستثني الواقف الغلة لنفسه ما دام حيا فكذلك يجوز اشتراط الخيار لنفسه ثلثة ايام ليروي النظر فيه
وعند محمد لما لم يجز ذلك لم يجز اشتراط الخيار ايضا وبهذا البناء صرح في المبسوط ثم لما لم يصح الوقف
بشرط الخيار عند محمد لم ينقلب الوقف جايزا بابطال الخيار بعد ذلك لان الوقف لا يجوز الا مويدا
وشرط الخيار يمنع التابيد فكان شرط الخيار شرطا فاسدا في نفس العقد وكان المفسد قويا وقوله
واما فصل الولاية فقد نص فيه اي فقد نص القدوري في فصل الولاية بالجواز على قول ابي يوسف بقوله
اذا جعل الواقف الولاية الى نفسه جاز عند ابي يوسف وهو قول هلال ايضا وهو ظاهر المذهب وذكر هلال وقوله
وقال اقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم يكن له ولاية وهذا بظاهره لا
يستقيم على قول ابي يوسف لان له الولاية شرطا او سكت ولا على قول محمد لان التسليم الى المتولي شرط صحة
الوقف فكيف يصح ان يشترط الواقف الولاية لنفسه وهو يمنع التسليم الى المتولي فلهذا اوله بعض
~~مشايخنا وقال~~ مشايخنا وقالوا الاشبه ان يكون هذا قول محمد لان من اصله ان التسليم الى آخره ومعناه

اذا سلمه الى المتولى وقد شرط الولاية لنفسه حين وقفه كان له الولاية بعد ما سلمه الى المتولى والدليل على ذلك ما ذكره محمد في السير اذا وقف ضيعة واخرجها الى القيم لا يكون له الولاية بعد ذلك الا ان يشترط الولاية لنفسه واما اذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم قال قاضي خان وهذه المسئلة بناء على ان عند محمد التسليم الى المتولى شرط لصحة الوقف فلا يبقى له الولاية بعد التسليم الا ان يشترط الولاية لنفسه اما على قول ابي يوسف فالتسليم الى المتولى ليس بشرط وكانت الولاية للواقف وان لم يشترط الولاية لنفسه وقوله ولنا ان المتولى انما يستفيد الولاية من جهته استدلال لابي يوسف وعبر عنه بقوله ولنا اشارة الى انه المختار وكلامه الباقي ظاهر لا يحتاج الى شرح **فصل**

فصل احكام المسجد عما قبله على حدة لمخالفة احكامه لما قبله في عدم اشتراط التسليم الى المتولى وفي منع الشيوع عند ابي يوسف وخروجه عن ملك الواقف عند ابي حنيفة رضي الله عنه وان لم يحكم به الحاكم فرق ابو حنيفة رحمه الله بين الوقف والمسجد فان الوقف اذا لم يحكم به حاكم او موصى به ولا مضافا الى ما بعد الموت كان له ان يرجع فيه واما المسجد فليس له ان يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث منه لان الوقف اجتمع فيه معنيان الحبس والصدقة فاذا قال وقفت فكانه قال حبست العين على ملكي وتصدقت بالغلة ولو صرح بذلك لا يصح ما لم يوص به لان التصدق بالغلة المعدومة لا يصح فاذا اوصى به او اضافه الى ما بعد الموت كان لازما بعد موته واما اذا قال جعلت ارضي مسجدا فليس فيما يوجب بقاءه على ملكه فاذا ازاله الى الله تعالى لم يكن له ان يرجع كما لو ازاله بالاعتاق وكلامه واضح وقوله وعن محمد انه يشترط الصلوة بالجماعة هو رواية عن ابي حنيفة رضي الله عنه ايضا ويشترط مع ذلك ان تكون الصلوة جهرية باذان واقامة حتى لو صلى جماعة بغير اذان واقامة سرا لا يصير مسجدا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما فان اذن رجل واحد واقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق لان صلوته على هذا الوصف كالجماعة وقوله قد بيناه من قبل اشارة الى ما قال عند قوله ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله بقوله لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وانه يتابد كالعتق والسرداب بكسر السين معرب سرداب وهو بيت يتخذ تحت الارض للتبريد وقوله فله اي يبيعه اي لا يكون مسجدا وهو ظاهر الرواية لان المسجد ما يكون خالصا لله تعالى قال تعالى وان المساجد لله اضاف المساجد الخالية مع ان جميع الاماكن له فاقتضى ذلك خلوص المساجد لله ومع بقاء حق العباد في اسفله او في اعلاه لا يتحقق الخلوص وقوله وعن ابي يوسف انه جوز في الوجهين يعني فيما كان تحته سرداب او فوقه بيت وعن محمد رحمه الله انه اجاز ذلك كله اي ما تحته سرداب وفوقه بيت ومستغل او دكاكين وانما ذكر قول محمد رحمه الله بهذا الطريق ولم ينقل عن ابي يوسف

ومحمد رحمه الله مع ان هذين القولين منهما في الحكم سواء ليتبين له ما ذكر لكل واحد منهما من دخول مخصوص في مصر مخصوص ولانه ذكر زيادة التعميم بلفظ الكل في قول محمد رحمه الله وقوله لما قلنا يعني من الضرورة **قال** وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا وسط بالسكون لانه اسم مبهم لداخل صحن الدار لا لشيء معين بين طرفي الصحن وكلامه واضح وكانه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى حتى لو عزل بابه الى الطريق الاعظم صار مسجدا وقوله ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه على بناء المفعول بقي مسجدا عند ابي يوسف رحمه الله الى ان قال وعند محمد رحمه الله يعود الى ملك الباني قال في النهاية وفي الحقيقة هذه المسئلة مبنية على ما بيننا فان ابا يوسف رحمه الله لا يشترط في الابتداء اقامة الصلوة فيه ليصير مسجدا فكذلك في الانتهاء وان ترك الناس الصلوة فيه لا يخرج من ان يكون مسجدا ومحمد يشترط في الابتداء اقامة الصلوة فيه بالجماعة ليصير مسجدا فكذلك في الانتهاء اذا ترك الناس الصلوة فيه بالجماعة يخرج من ان يكون مسجدا وحكى ان محمدا رحمه الله مر بمزبلة فقال هذا مسجد ابي يوسف رحمه الله يريد به انه لما لم يقل بعوده الى ملك الباني يصير مزبلة عند تطاول المدة ومر ابو يوسف رحمه الله باصطبل فقال هذا مسجد محمد يعني انه لما قال يعود ملكا فربما يجعله المالك اصطبلا بعد ان كان مسجدا فكل واحد منهما استبعد مذهب صاحبه بالاثار الله استدل ابو يوسف رحمه الله بانه سقط ملكه في ذلك المقدار فلا يعود الى ملكه والمنظر بالكعبة فان زمان الفترة قد كان حول الكعبة عبدة الاصنام ثم لم يخرج موضع الكعبة به من ان يكون موضع الطاعة والقربة خالصا لله تعالى فكذلك في ساير المساجد ومحمد رحمه الله يقول عين هذا الجزء من ملكه مصروفا الى قربة بعينها فاذا انقطع ذلك عاد الى ملكه او ملك وارثه وصار كحشيش المسجد وحصيره اذا استغنى عنه الا ان ابا يوسف رحمه الله يقول في الحصير والحشيش ينقل الى مسجد اخر وقوله ومن بنى سقاية او خانا ظاهر وقوله بخلاف المسجد يعني ان حكم الحكم والاضافة الى ما بعد الموت ليس بشرط في المسجد وقوله وذلك بما ذكرناه اي التسليم يحصل بالاستقاء والسكنى والنزول والدفن في السقاية والخان والرباط والمقبرة وقوله في هذه الوجوه اي في السقاية والخان والرباط والمقبرة وقوله ويكتفى بالواحد ظاهر وقوله سكنى لحاج بيت الله تعالى الحاج اسم جمع بمعنى الحجاج كالسامر بمعنى السمار في قوله تعالى سامرا تهجرون والثغر موضع المخافة من فروج البلدان ويقال رابط الجيش اي اقام في الثغر بازاء العدو مرابطة ورباطا والله اعلم في جميع الاشياء

ومحمد